

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**DIREITO E JUSTIÇA – DIVERSIDADE OU  
RECIPROCIDADE**

**BERALDO TOMAZ BOAVENTURA**

MESTRADO EM TEORIA DO DIREITO  
PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM

2010/2011

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO 2010/2011  
TEORIA DO DIREITO**

**DIREITO E JUSTIÇA – DIVERSIDADE OU  
RECIPROCIDADE**

**BERALDO TOMAZ BOAVENTURA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Teoria do Direito, sob a presidência do Professor Doutor António Pedro Barbas Homem, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor António Pedro Barbas Homem**

**Linha de pesquisa: Teoria do Direito**

**FDUL  
2010/2011**

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
FDUL/BIBLIOTECA

**BOAVENTURA**, Tomaz Beraldo.

Direito e Justiça – Diversidade ou Reciprocidade / Beraldo Tomaz Boaventura; orientador: António Pedro Barbas Homem. – Lisboa: FDUL, Departamento de Direito, 2013.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.  
Bibliografia:

Autorizo apenas para fins académicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação / tese.

Assinatura:

data:

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO 2010/2011  
TEORIA DO DIREITO**

**DIREITO E JUSTIÇA – DIVERSIDADE OU  
RECIPROCIDADE**

**BERALDO TOMAZ BOAVENTURA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Teoria do Direito, sob a presidência do Professor Doutor António Pedro Barbas Homem, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador: Professor Doutor António Pedro Barbas Homem**

**Linha de pesquisa: Teoria do Direito**

**Banca Examinadora:**

---

---

---

---

---

**A Deus sempre, porque dele e por ele,  
e para ele, são todas as coisas.**

**À Minha mãe Alexia Tomaz  
Boaventura pela força e exemplo de  
coragem, determinação e  
honestidade.**

## AGRADECIMENTOS

Ao fim de três anos, durante os quais se elaborou este trabalho, certamente seria possível distribuir agradecimentos a inúmeras pessoas que contribuíram, em maior ou menor grau, para o resultado final deste percurso.

Tentarei, tanto quanto possível, citar ao menos a maior parte daqueles que são diretamente responsáveis por tudo o que esta dissertação de mestrado possui de positivo.

Ao Professor Doutor António Pedro Barbas Homem, mestre e intelectual interdisciplinar, cuja orientação precisa e generosa – prova de que títulos nada dizem respeito ao conhecimento – auxiliou-me a estruturar adequadamente a metodologia do trabalho e cujas lições na parte teórica do mestrado são causa eficiente do mesmo, assim como inúmeros e-mails consultivos. Por todo seu tempo dispensado, ficam meus sinceros agradecimentos.

À minha mãe Alexia Tomaz Boaventura e Elias Santos da Silva, por seu total apoio, incentivo e dedicação.

Minha amada e querida filha Maria Clara B. Boaventura, que pôde com muita dificuldade suportar a ausência do pai quando estivera em Lisboa se dedicando ao estudo deste mestrado.

À minha irmã Doutora Monique C. Boaventura que sempre foi inspiração por sua inteligência e generosidade.

Ao meu querido irmão, que me desafia e ensina a viver com simplicidade e honestidade.

Às minhas queridas e amadas tias Magda Tomaz de Campos e Marília de Mello Tomaz sempre presentes.

À toda minha amada e querida família, suporte nos momentos felizes e difíceis.

Ao meu amigo Defensor Público Antônio Carlos Bezerra de Araújo, por dividir morada em Portugal, incentivo ao término do mestrado e ricas sugestões tanto na escolha do tema como no desenvolvimento da presente dissertação.

À Professora Francinete Souza de Aquino pelas incansáveis horas de correção e revisão da presente dissertação.

À Professora Joyce Alves Rocha, que tanto incentivo, ajuda, ensinamentos e orientação, principalmente no que tange a normas da ABNT. Importantes observações, observações estas que foram absorvidas pela dissertação.

Aos amigos Doutores Marco Aurélio Nunes Pereira e Francisco Alencar de Freitas Filho, com quem tive a oportunidade de trabalhar nos últimos anos e com as quais, obtive importantes lições, tanto de caráter jurídico, quanto relativas ao exercício da advocacia inteligente, responsável e honesta.

Aos demais Professores do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Lisboa, que, em suas aulas, jamais se furtaram ao debate, mesmo quando as incisivas críticas ao positivismo vinham à tona.

A todos os funcionários, fonte do trabalho vivo que anima o Departamento, cuja dedicação é exemplar e estimulante.

Aos queridos e queridas André Rodrigues, Franciley Ribeiro, Orlindo Francisco Borges, Vitor Palmela Fidalgo, Vladmir Pires Ferreira, Rafael Viola, Paulo Grande, Antônio Carlos, Vitor Hugo Justiniano e Vanusa Costenaro, Fernanda Antunes, Kátia Mello, afinal, sem alegria, não

há pensamento.

À Universidade de Lisboa, pelo ambiente plural, condição necessária à produção de conhecimento, e pelo suporte material conferido ao longo do mestrado.



Não to mandei eu? Esforça-te, e tem bom ânimo; não temas, nem te espantes; porque o SENHOR teu Deus é contigo, por onde quer que andares.

Josué 1:9

## RESUMO

Este trabalho consiste em uma análise sobre o direito e a justiça, buscando compreender as conexões existentes entre a diversidade e reciprocidade. O objeto do trabalho envolve, portanto, a identificação das estruturas ontológicas e jurídicas dos conceitos já determinados, explicitando-se alguns conceitos dos temas envolvidos, fazendo também uma conceituação etimológica das estruturas, adequando-as ao tema abordado na presente dissertação. Por outro lado, conceituaremos a pluralidade, multiplicidade, diferentes ângulos de vista, diferentes abordagens e heterogeneidade dos conceitos. Abordaremos que no campo do direito e justiça, diversidade e reciprocidade podem ser atribuídas a um conjunto de idéias contrárias ou na intersecção de diferenças, podendo ou não construir uma prática de tolerância mútua ou de causar um conflito ideológico. Cabe ressaltar, que o trabalho ora apresentado se preocupa em selecionar os aspectos conceituais de direito e justiça, uma abordagem histórica do direito romano, germânico, canônico e hispano-português, as teorias jurídicas, assim como alguns esclarecimentos conceituais sobre jusnaturalismo e o juspositivismo, traçando uma análise metodológica, teórica e ideológica do positivismo, as contribuições da teoria da argumentação jurídica principalmente no que tange a função de julgar (julgar conforme a lei e julgamento justo). Estudaremos as disciplinas jurídicas fundamentais e auxiliares, e faremos algumas investigações sobre conceito de justiça aristotélica. Na parte final do trabalho conceituaremos diversidade e reciprocidade conjuntamente com uma crítica ao positivismo kelseniano em detrimento ao direito e justiça na abordagem histórica onde o direito legitimava a falta de justiça, inviabilizando diversidade e reciprocidade. A finalidade da tese se orienta, portanto, pela exposição de conceitos sobre direito e justiça que são úteis para redefinir os termos nos quais tais noções consensuais se sustentam, visando a se conceber um horizonte alternativo para um campo de diversidade e reciprocidade entre o campo da teoria e da prática.

Palavras-chave: direito, justiça, diversidade, reciprocidade, positivismo, argumentação jurídica, Aristóteles, Kelsen.

## ABSTRACT

This work consists of an analysis of the law and justice, seeking to understand the connections between diversity and reciprocity. The object of the work thus involves the identification of ontological structures and legal concepts already determined, explaining some concepts of the issues involved, making also an etymological approach structures, adapting them to the topic addressed in this dissertation. Moreover, the plurality develop, multiplicity, different angles of view, different approaches and heterogeneity of concepts. We'll cover that in the field of law and justice, diversity and reciprocity can be assigned to a set of ideas contrary or at the intersection of differences, or can not build a practice mutual tolerance or cause an ideological conflict. It is noteworthy that the work presented is concerned with selecting the conceptual aspects of law and justice, a direct historical approach of Roman, Germanic, Spanish and Portuguese canonical, legal theories, as well as some conceptual clarifications about jusnaturalism and juspositivismo, tracing a methodological, theoretical and ideological positivism, the contributions of the theory of legal reasoning especially regarding the role of judge (judge according to the law and fair trial). We will study the fundamental disciplines and legal assistants, and do some research on Aristotelian concept of justice. In the final part of the work will develop diversity and reciprocity together with a critique of positivism kelseniano detriment to law and justice in historical approach where the law legitimized the lack of justice, preventing diversity and reciprocity. The purpose of the thesis is guided therefore by exposure to concepts of law and justice that are useful to redefine the terms on which such notions are sustained consensus, aimed at conceiving a horizon alternative to a field of diversity and reciprocity between the field of theory and practice.

Keywords: law, justice, diversity, reciprocity, positivism, legal argumentation, Aristotle, Kelsen.

## **SUMÁRIO**

### **DIREITO E JUSTIÇA – DIVERSIDADE OU RECIPROCIDADE**

INTRODUÇÃO.....	15
-----------------	----

#### **CAPÍTULO 1: O CONCEITO DE DIREITO, DIREITO OBJETIVO, DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO, DIREITO VIGENTE E DIREITO SUBJETIVO**

1.1- Uma investigação sobre o conceito de Direito.....	20
1.2- Breve Ensaio sobre o Direito Objetivo.....	31
1.3- O Direito Natural.....	32
1.4- Direito Positivo.....	36
1.5- Direito Subjetivo.....	39

#### **CAPÍTULO 2: FONTES HISTÓRICAS DO DIREITO, O DIREITO ROMANO, O DIREITO GERMÂNICO, DIREITO CANÔNICO E DIREITO HISPANO-PORTUGUÊS**

2.1- O Direito Romano.....	44
2.2 - O Direito Germânico.....	47
2.3- Direito Canônico.....	50
2.4- Direito Hispano-Português.....	52

#### **CAPÍTULO 3: TEORIAS JURÍDICAS – ALGUNS ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS SOBRE O CLÁSSICO DEBATE ENTRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO**

3.1- Jusunaturalismo.....	55
3.2- Juspositivismo.....	59
3.2.1- Positivismo Metodológico.....	62
3.2.2- Positivismo Teórico.....	64
3.2.3- Positivismo Ideológico.....	67

#### **CAPÍTULO 4: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO DISCURSO PARA CONVENCER, ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, A FUNÇÃO DE JULGAR, A LEGITIMAÇÃO TEORÉTICO-DISCURSIVA DA FUNÇÃO JUDICIAL**

4.1- Argumentação Jurídica.....	70
4.1.1- Contribuição teórica de Robert Alexy.....	72
4.1.2- Contribuição teórica de Chaïm Perelman.....	75
4.2- Argumentação enquanto discurso para convencer.....	77
4.2.1- Conceitos diversos sobre teoria da argumentação jurídica.....	78
4.2.2 - importância da teoria da argumentação jurídica.....	80
4.3- Argumentação enquanto motivação da decisão judicial.....	80
4.3.1- Argumentos baseados na estrutura do real.....	81
4.3.1.1 - Argumento pragmático.....	82
4.3.1.2 - Argumento do desperdício.....	82
4.3.1.3 - Argumentação pelo exemplo.....	83
4.3.1.4 - Argumentação pelo modelo ou antimodelo.....	83
4.3.1.5 – Argumentação pela analogia.....	83
4.4 – A função de julgar.....	84

## CAPÍTULO 5: DISCIPLINAS JURÍDICAS FUNDAMENTAIS, CIÊNCIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

5.1- Ciência do Direito.....	87
5.2- Filosofia do Direito.....	90
5.3- Sociologia do Direito.....	93

## CAPÍTULO 6: DISCIPLINAS JURÍDICAS AUXILIARES, HISTÓRIA DO DIREITO E DIREITO COMPARADO

6.1- História do Direito.....	97
6.2- Direito Comparado.....	99

## CAPÍTULO 7: O CONCEITO DE JUSTIÇA, UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE O QUE É A JUSTIÇA, (ROBERT ALEXY, MANUEL ATIENZA, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, CHAÏM PERELMAN

7.1- Uma investigação sobre o que é justiça.....	101
7.2- A ponderação como um corolário da teoria da justiça: Robert Alexy.....	110
7.3- Justiça de acordo com o Direito: Manuel Atienza.....	112
7.4- Fins e funções do Estado: António Pedro Barbas Homem.....	113

## CAPÍTULO 8: JUSTIÇA ARISTOTÉLICA, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA, JUSTIÇA CORRETIVA, JUSTIÇA COMUTATIVA

8.1- Breve biografia de Aristóteles.....	116
8.2- A teoria aristotélica de justiça.....	118
8.3- Justiça distributiva aristotélica.....	123
8.4- Justiça corretiva aristotélica.....	127
8.5- Justiça comutativa aristotélica.....	185

## CAPÍTULO 9: DIVERSIDADE, RECIPROCIDADE, CONCEITO ETIMOLÓGICO DA PALAVRA DIVERSIDADE, CONCEITO ETIMOLÓGICO DA PALAVRA RECIPROCIDADE,

9.1- Conceito etimológico da palavra diversidade.....	134
9.2- Conceito etimológico da palavra reciprocidade.....	136
9.3- Diversidade ou reciprocidade: uma crítica à teoria positivista de Hans Kelsen.....	139

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
---------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147
---------------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

O tema Direito e Justiça – Diversidade ou Reciprocidade , que é o tema para da presente dissertação de mestrado interessa-me há muito tempo por várias razões. Uma delas é a pluralidade de definições para o termo direito, assim como para o conceito de justiça. Nesta ceara faremos uma tentativa de conceituar direito.

O conceito etimológico da palavra direito vem do latim clássico, “directus”, que significa aquele que segue regras pré-determinadas.

Para Barbas Homem, o direito se personifica em viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não ofender os outros.

Radbruch agrega o conceito de direito ao de justiça, e para ele o direito é a essência da justiça, e esta atrelada a virtude. Em Aristóteles temos a idéia do direito nascer da necessidade de criar um conjunto de regras e normas capazes de dar ordem a vida humana, de se estabelecer uma paz social e dar direção e solidariedade num viver harmonioso, em pás e feliz.

Cotrim o direito é um conjunto de normas ou regras que disciplinam a convivência humana. Este autor coaduna com Kelsen no sentido destas normas serem a base da rede social emanada e garantida pelo poder coercitivo do Estado.

Kelsen, que vai merecer um tratamento diferenciado neste trabalho, trata direito como uma norma válida emanada pelo Estado com poder coercitivo e que nada tem haver com a história ou a sociologia.

Weber tem posicionamento bastante positivista e diz que o direito é exclusivamente o que o legislador outorga sendo direito. Habermas traça um paralelo entre direito e moral e traz assim como Radbruch uma finalidade em viver bem, em paz social. Para Habermas direito é tudo aquilo que é moralmente justo e reto. Kant e Rousseau vislumbram direito como um contrato social, onde homens realizam suas atividades legais de maneira democrática, livres e iguais em sociedade. Dworkin trata o direito relacionado ao caso concreto. Castanheira Neves correlaciona o direito ao lugar onde está sendo elaborado e praticado. Coaduna também com Barbas Homem que não existe direito fora da sociedade.

Sérgio Bermudes conceitua direito como o conjunto de normas que regulam a conduta do homem na sociedade. Ulpiano, influenciando Barbas Homem, tem o direito como viver honestamente, não prejudicar outro e dar a cada um o que é seu.

Norberto Bobbio corrobora com o pensamento de Dworkin onde direito ligado aos fenômenos sociais, dado a isto tem enorme importância a sociologia jurídica na promulgação das normas jurídicas vigentes.

Miguel Reale ao elaborar seu raciocínio do que seja direito, pede ajuda ao pensamento kantiano que trata o conceito de direito tão difícil que os juriconsultos preferem se deter ao conceito “o que seja de direito” à responder “o que é o direito”.

Diogo Freitas do Amaral nos proporciona um conceito amplo de direito, remetendo a um sistema de ordem normativa com unidade de regras a serem interpretadas mediante critérios lógicos respeitando os direitos humanos, a ordem e conduta social, proporcionando segurança aos homens.



De forma conceitual, faremos um breve ensaio sobre direito objetivo tratando de sua terminologia e analisando as teorias de Max Weber, onde para este o corpo do direito objetivo é composto de leis validadas por um legislador de forma democrática ou ditatorial. Resumidamente o direito objetivo é o conjunto de normas que disciplinam a sociedade.

Gustav Radbruch, em nosso estudo sobre o direito natural, vai por demais contribuir nos conceitos que iremos traçar neste trabalho. Este autor vai apresentar metodologicamente a divisão do direito natural em três períodos. Cabral de Moncada, que nesta vertente possui um dos melhores tratados de direito natural, inicia seu trabalho postulando desde a antiguidade greco-romana contextualizando-o. Abordaremos o pensamento grego dos sofistas, dos socráticos e também o aristotélico. Neste último conceito de extrema importância, por ser tratado como pai da teoria do direito natural, faremos abordagens sobre postulados éticos e também de justiça natural. Finalizaremos o estudo sobre este tema com o breve tratado de direito natural elaborado pelo Professor Barbas Homem.

Ao se deparar com a doutrina do direito positivo, abordaremos os conceitos de Cabral de Moncada, Comte, Kaufmann, Habermas, que nomeia o nascimento desta doutrina na Europa desde o final da idade média. Para este autor, no mundo antigo, especialmente em Platão, Sócrates e Aristóteles, o direito positivo não estava presente. Numa breve abordagem sobre a doutrina de Hans Kelsen, veremos que o direito positivo é a própria justiça. Neste aspecto, o Professor Paulo Ferreira da Cunha já nos adverte quanto ao perigo de nos transformarmos em positivistas legalistas que no decorrer desta dissertação, veremos que este movimento foi a mola propulsora das maiores ditaduras que a humanidade suportou, dentre elas o nazismo de Hitler.

No direito subjetivo, abordaremos alguns pensamentos do positivista Kelsen, que chegou ao ponto de negar tal direito como inexistente no mundo jurídico. Desencadearemos também estudos relacionados à disponibilidade de tal direito. Alexandre Câmara faz ir acrescentar um belíssimo tratado sobre o tema, subdividindo o direito subjetivo em 7 classificações e finaliza traçando um paralelo desse direito, ao direito processual por ambos conterem três elementos basilares, a saber:

sujeito, objeto e Estado Juiz.

Como fontes históricas do direito, iniciaremos nosso tratado com o direito romano e especularemos seu arcabouço teórico filosoficamente. No direito germânico, conceituaremos seu início e desenvolvimento. Já no direito canônico, faremos uma abordagem histórica mais detalhada, dada a sua importância no direito hispano-português, que tanto influenciou o direito brasileiro.

Em se tratando das teorias jurídicas, pontuaremos o Jusnaturalismo, tendo como premissa princípios relacionados à dignidade humana, o estado de natureza como suposto nacional para explicar à sociedade o contrato social e os direitos naturais inatos. Abordaremos também as características fundamentais da escola do direito natural.

O positivismo jurídico, por ser um conjunto de obras com autores bastante heterogêneos, é considerado uma corrente ou uma escola filosófica, que posteriormente venha a chamar-se filosofia científica. Para Comte, o positivismo é retratado a idade adulta da humanidade. Nesta obra também traçaremos uma aproximação metodológica ao conceito de positivismo jurídico elaborada por Norberto Bobbio: o positivismo metodológico, o positivismo teórico e o positivismo ideológico.

No capítulo 4 abordaremos um tema de suma importância na seara do direito e da justiça, que trata da argumentação jurídica. Trataremos da contribuição teórica de Robert Alexy, que considera o discurso jurídico, na ótica da argumentação jurídica, sendo um discurso prático da moral. Na abordagem de Perelman, a argumentação jurídica em detrimento ao direito e justiça, está intimamente ligada à teoria do discurso e à retórica aristotélica. Este autor, também traça uma importante ponte entre a lógica e as ciências humanas e cita como um meio de convencimento não coercivo nem tampouco arbitrário no exercício do direito e da justiça. O estudo sobre a argumentação enquanto discurso para convencer, traremos à baila os argumentos plausíveis subjetivos e objetivos que convencem e persuadem o auditório/Estado Juiz e finalizaremos este estudo com nosso principal objetivo, a saber, a argumentação em quanto motivação na decisão judicial justa.

As disciplinas jurídicas fundamentais, faremos um a conceituação sobre a ciência do direito, que pode ser um conjunto ordenado e sistemático de princípios e regras que objetiva definir e sistematizar o conjunto de normas que o Estado impõe à sociedade, interpretando e aplicando tais normas na solução de litígios. Sobre a filosofia do direito, estudaremos sua atividade mental no que tange às coisas do direito com realidade, segundo Cabral de Moncada. A sociologia do direito ou sociologia jurídica que iremos abordar, suas contribuições ao mundo jurídico, adequando-o à sociedade.

Como disciplinas jurídicas auxiliares, estudaremos a história do direito, que prioriza uma sistematização cronológica do direito, respeitando a relação homem tempo e o direito comparado.

A pertinência do conceito de justiça investigado nesta dissertação, é visto sob a ótica de diversos jurisconsulto. Sem dúvida este é um dos pilares deste trabalho, que notadamente a contribuição de Ulpiano norteia com alguns destes conceitos.

A justiça aristotélica é investigada de forma metodológica, partindo de uma breve biografia de Aristóteles até nomeadamente os conceitos de justiça distributiva, justiça corretiva e justiça comutativa.

Concluiremos o presente estudo abordando os pressupostos teóricos conceituais de diversidade e reciprocidade em detrimento ao direito e a justiça. A partir deste diálogo, traçaremos uma crítica à teoria positivista de Hans Kelsen que motivou posturas ditatoriais legitimando a crueldade, não respeitando a diversidade, proporcionando a ausência de reciprocidade, principalmente no campo dos direitos humanos e direitos fundamentais no que tange à vida.

## CAPÍTULO 1

### O CONCEITO DE DIREITO, DIREITO OBJETIVO, DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO, DIREITO VIGENTE E DIREITO SUBJETIVO

#### 1.1- Uma investigação sobre o conceito de Direito:

Consoante belíssima apresentação do Ilustre Professor António Pedro Barbas Homem, o direito se personifica em três preceitos, a saber: viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não ofender os outros<sup>1</sup>. Dentro deste diálogo percebe-se facilmente a conexão entre Direito e Justiça em sua tese, pois no viver honestamente, no dar ou devolver cada um o que é seu por Direito e também no viver sem ofender aos outros é notadamente uma função de ação, de prática, de exercício do direito. No exercício do direito nas relações sociais que segundo um pressuposto da observação aristotélica, a justiça se personifica. Já fora observado pelo filósofo Aristóteles que o homem é um ser eminentemente social. Sendo

---

<sup>1</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. “os três preceitos do direito são: viver honestamente; dar a cada um o que é seu; não ofender os outros” pp. 16., desta forma podemos pensar em direito como princípio e não somente como regra ou ordenamento”. “ É importante destacarmos um primeiro pressuposto da observação aristotélica: a justiça coloca-se no âmbito das relações sociais e visa uma justa proporção na distribuição dos bens.” “... porque é necessário ponderar a natureza das relações sociais: da sociedade perante cada um dos seus membros (justiça distributiva); entre os membros da comunidade (justiça comutativa).

assim por viver em sociedade as ações dos homens interferem diretamente nas relações sociais. Diante destas relações sociais e suas ações de justiça e injustiça, foi necessária uma interferência direta nas condutas humanas criando-se regras de convívio que atuasse principalmente na preservação da paz no convívio social.

O conceito da palavra direito, oriunda do latim clássico “directus”, que tem como significado aquele que segue regras pré-determinadas ou um dado preceito. A palavra e o significado evoluíram na língua portuguesa que na grafia em 1227 era “directo” e “dereyto” em 1292.

Outros filósofos e estudiosos e pensadores do direito fazem referência desta palavra à deusa romana da justiça, que tem em suas mãos, uma balança. Desta forma vamos notar que inúmeros autores fazem referência ao direito com a palavra justiça e vice-versa.

[Para Gustav Radbruch o conceito de direito está intimamente ligado a questão cultural, ligado a valores, sentido de serviço a justiça e o sentido de direito se faz realizado quando se atrela a idéia do direito. E a idéia de direito para Radbruch é a idéia de Justiça].<sup>2</sup> Para ele justo, que determina justiça, é um conceito absoluto, como o conceito de direito, que não deriva de nenhum outro. A justiça é tratada como uma virtude, um atributo humano. Neste diapasão, Radbruch mescla o conceito de direito ao de justiça e delineia ser aquele o responsável pela essência da justiça nas relações sociais, utilizado por homens em sua vida cotidiana, ou vida humana em comum e com isto este conceito não é de natureza jurídica, mas pré-jurídica oriundo muito antes dos fenômenos jurídicos propriamente dito.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp 47. pp” O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, a ideia do direito. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na ideia do direito.

<sup>3</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Filosofia do Direito*. Op. Cit., 2010. pp 55. “ Quando se concebe o direito (segundo as palavras de Savigny) como “a própria vida dos homens, vista de determinado aspecto”, contemplada de determinada perspectiva, esse ponto de

Realizando um breve estudo histórico de Direito, verifica-se que o homem nunca procurou ou desejou viver isoladamente, sempre buscando uma relação interpessoal com seus semelhantes para viver e sobreviver dividindo alegrias e buscando as trocas como meio de subsistência. Assim fica demonstrado que a sociabilidade é uma forte característica da espécie humana. Fato é que se não vivesse a humanidade em sociabilidade dificilmente esta conseguiria superar os perigos e dificuldades da vida primitiva selvagem.

Aristóteles<sup>4</sup> teceu diversas observações quanto ao fato do homem ser eminentemente social. Como resultado do viver em sociedade, toda ação individual humana reflete na vida de outros homens causando assim o que chamamos de relações humanas. Objetivando que estas relações humanas tivessem resultados construtivos e não destrutivos foi necessária a criação de normas e regras com finalidade de promover a paz e o convívio social. Desta necessidade de viver harmoniosamente, em paz e de forma produtiva nasceu o Direito: nasce da necessidade de criar um conjunto de regras e normas capazes de dar ordem a vida humana, de ser estabelecer uma paz social, e dar direção e solidariedade.

Conforme Cotrim<sup>5</sup>, Direito é nada mais que um conjunto de normas ou regras obrigatórias que sejam capazes de disciplinar a

---

vista construtivo para o mundo jurídico é precisamente o conceito *a priori* do direito”.

<sup>4</sup> **ARISTÓTELES**. *Política*. 3. ed. Trad. De Mário da Gama Kuri. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997. p. 15. “Toda cidade [*polis*], portanto, existe naturalmente, da mesma forma que as primeiras comunidades; aquela é o estágio final destas, pois a natureza de uma coisa é seu estágio final. (...) Estas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade.”

<sup>5</sup> **COTRIM**, Gilberto Vieira, *Direito e Legislação – Introdução ao Direito*, São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 14. “ Sabemos que só existe Direito onde existe sociedade. Desta maneira, temos de admitir, como consequência, que as normas jurídicas são, essencialmente, regras sociais. Isto significa que a função das normas jurídicas é disciplinar o comportamento social dos homens. No entanto, dizer apenas isso não é suficiente para caracterizá-las, por que existem diversas outras normas que também disciplinam a vida social. Vejamos exemplos de normas morais: baseiam-se na nossa consciência moral e normas religiosas: baseiam-se na fé revelada por uma religião.”

convivência social humana. Este conjunto de regras obrigatórias é denominado de norma jurídica. E como norma jurídica tecida em linhas gerais como sendo a base da regra social emanada e garantida pelo poder coercitivo do Estado com objetivo de promover a justiça.

Desta forma temos princípios relacionados ao direito que deve nortear o dizer as leis, que não deve ser tratado apenas como Direito Natural, sendo este na visão de G. Radbruch direitos subjetivos pertencentes ao homem, que são históricos, prévios e indisponíveis ao legislador o qual ele chama de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais<sup>6</sup>. Não sendo também meramente ou unicamente um Direito Positivo, que particularmente um dos melhores conceitos se dá em Hans Kelsen, quando trata que toda norma válida tem em sua vertente a formulação de um valor positivo ou negativo. Desta idéia é latente pensar no positivismo como a norma que possui um valor positivo<sup>7</sup>. Hans Kelsen vai dialogar sobre sua Teoria Pura do Direito, que é uma teoria do Direito Positivo, no qual estudaremos mais adiante. Como sendo uma teoria, ela tem como objeto principal o fato de conhecer exclusivamente o Direito e responder algumas questões relativas de como é o Direito e o que é o Direito, não se importando em como deva ser ou como o Direito deve ser feito, elaborado e praticado. Kelsen relata que a Teoria é Pura, pois trata de retirar do objeto principal, a saber, o Direito, tudo aquilo que não possa ser determinado como Direito<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> KAUFMANN, Arthur., *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. pp. 63 ss. “o que ele considera e reconhece como direito natural são, como já em Feuerbach, certos direitos subjetivos do homem que, embora históricos, são dados prévios e indisponíveis para o legislador histórico, portanto, no essencial, aquilo a que nós chamamos direitos humanos e fundamentais”.

<sup>7</sup> Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito*, tradução de Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, 1984. pp. 18 ss, “Uma norma objetivamente válida que fixa uma conduta como devida constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo”.

<sup>8</sup> Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito*, Ob. Cit, 1984. pp. 1 s. “Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental.”

É apropriado salientar neste momento o conceito que Max Weber traz a baila sobre direito. Para Weber o Direito é única e exclusivamente o que o legislador político outorga como sendo Direito ou não, cumprindo as formalidades instituídas para tal formulação. Weber neste trato não está interessado se o legislador é democrático ou não, apenas se tem legitimação para fazer a Lei<sup>9</sup>.

Habermas vai traçar um paralelo entre Direito e Moral. Vai nos ensinar que a legalidade e a racionalidade jurídica deve se pautar exclusivamente sob o valor da moral. Estamos adentrando um novo conceito de direito, esta não somente advindo das relações humanas com intuito de um viver melhor e uma paz social, mas de um direito legitimado, com intenções jurídicas e sócio-teóricas.

Para Habermas<sup>10</sup> fica estampado que Rousseau e Kant não permaneceram nas conotações metafísicas do direito. Muito mais que isto, Rousseau e Kant perfilarão as exigências metodológicas de uma fundamentação processual do direito usando seu modelo de um contrato social, onde os homens realizam suas atividades legais de maneira democrática, livres e iguais na vigência de sua convivência.

Partindo desta premissa, visualizamos que o Direito está intimamente ligado ao Ordenamento Jurídico como um todo. O direito então está na Lei, e sendo assim, podemos fazer a pergunta o que é a Lei: “What is Law?”

Dworkin em seu livro *Law's Empire* trata exaustivamente deste preceito jusfilosófico elaborando divisões e distinções que no presente trabalho se torna inviável exaurir<sup>11</sup>. Resumidamente o Autor define direito

---

<sup>9</sup> **HABERMAS**, Jürgen, *Direito e Moral*, Lisboa, Instituto Piaget, 1992. PP. 14. “Direito é, precisamente, aquilo que um legislador político (independentemente de este ser ou não, democraticamente, legitimado) delibera como direito, de acordo com um procedimento, legalmente institucionalizado.”

<sup>10</sup> **HABERMAS**, Jürgen, *Direito e Moral*, Ob. Cit. 1992. PP. 29.

<sup>11</sup> **RODRIGUES**, Sandra Martinho, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald*



como sendo “*an interpretive concept*”, onde depende de como são realizadas as interpretações do direito ao caso concreto e como esta prática jurídica tem sido aplicada.

Castanheira Neves<sup>12</sup>, quando trata da questão do direito, faz uma remissão ao lugar em que este direito está sendo aplicado, contextualizando por completo. Assim sendo nos faz pensar no modo que este direito está sendo elaborado e praticado. Não somente em normas positivadas, mas em toda história de sua formação e colonização, na sociedade, em sua cultura, política etc. Corroborando o Ilustre Professor Barbas Homem<sup>13</sup> nos ensina que não existem leis fora da sociedade humana. Desta forma o direito está intimamente ligado a ação humana, em sua forma de escolha, liberdade, ética, moral, culpa, recompensas e outros sentimentos e atributos eminentemente humanos. E muito mais que isso, nos ensina que a característica maior direito é se fazer na prática. As atividades dos operadores do direito são diferentes na prática como observamos o juiz, o defensor ou o promotor e o advogado, e por isso a prática do direito é muito diversa.

---

Dworkin, Coimbra, Almedina, 2005. pp,23 ss. “ é difícil encontrar uma única resposta para a questão [what is law?], as respostas são tantas como o número de sistemas legais teoricamente possíveis.

de acordo com howarth, para responder esta pergunta, dworkin opta por fazer uma generalização acerca do que é o direito, começando por um sistema legal concreto, tomando como certas as fronteiras (do que é e não é direito) já definidas. esta estratégia adotada por dworkin tem a desvantagem de não permitir o desafio às fronteiras do direito.

esta estratégia não é, no entanto a preferível. howarth propõem uma segunda estratégia, que apelida de boundary challenge perspective, que consiste resumidamente em identificar e, a partir daí, justificar ou rejeitar as decisões [de fronteira] (porque nos dizem o que é o que não é o direito) já feitas. esta perspectiva, ao contrário da defendida por dworkin permite, verdadeiramente, a discussão acerca dos limites do direito”.

<sup>12</sup> **CASTANHEIRA NEVES**, António, *Digesta*, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995. pp, 8 ss.

<sup>13</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro, *O que é o Direito? – Uma Explicação Curta para Jovens Leitores com Pouca Paciência para Longas Explicações*. Estoril: Principia Editora, 2007. pp,89. “ Um filósofo do Direito escreveu com graça e acerto: “o Direito não é uma ciência; mas existe uma Ciência do Direito” (Perelman).

O que caracteriza o Direito é ser concebido para a prática. Para as práticas como as necessidades de organização social”.

Fazendo uma retomada ao pensamento de Artur Kaufmann<sup>14</sup>, não se pode fazer um conceito fechado do que seja direito, pois o mesmo é muito maior que nossas limitações, sejam geográficas ou filosóficas, posto ser o direito a realização diária do poder legislativo e judiciário e por isso não estar preso ao tempo ou ao lugar. Desta forma o conceito de Direito é apenas nominalista. O direito não pode existir sem a justiça e a Lei. É, portanto algo totalmente irreal. Não nos basta ter uma simplista denotação do Direito, temos que pensar em sua forma e modelo universal, gigantesco onde todos os dias se modificam, onde se é usado para prática do justo, apesar de que em muitos casos se é realizado para prática do injusto. Devemos como juristas que somos buscar não somente uma idéia conceitual de Direito, mas cotidianamente exercitarmos na aplicação mais justa possível do direito, seja em nossos julgados, em nossas petições ou em nossos estudos, posto que o Direito seja nominalista e real é apenas a Lei.

Parafraseando Habermas<sup>15</sup>, direito é tudo aquilo que é moralmente justo, reto. Direito é a aplicação efetuada pelo justo que consiste em ser uma lei natural ou positiva, escrita ou não, pois se trata de regras que regem a humanidade e tem como objetivo manter esta sociedade o mais correta e justa possível. Direito que vem do *Jus* do latim clássico e tem por significado um conjunto de normas promulgadas por legisladores objetivando a ordem e a paz social.

Retomando aos ensinamentos do Professor Barbas Homem, em sua célebre obra *A Lei da Liberdade*<sup>16</sup>, é dever de todo julgador obedecer às

---

<sup>14</sup> **KAUFMANN**, Arthur., *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. pp, 201. “O conceito de direito utilizado nas citadas disposições não é algo de real – o Direito não “existe” -, ele é simplesmente um nome, uma designação compreensiva para o conjunto das leis, cujo conteúdo é arbitrário (pelo menos no quadro da ordem constitucional). Real é apenas a Lei”.

<sup>15</sup> **HABERMAS**, Jürgen, op. Cit., 1992, PP. 14 e ss.

<sup>16</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *A Lei da Liberdade – Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico Épocas Medieval e Moderna - Volume I*, Estoril: Principia, 2001. PP. 98. “No pequeno tratado Dos Juizes, escrito entre 1123 3 1141, Bulgarus estabelece a obrigação dos juizes prestarem juramento de julgar, não apenas segundo a justiça e a verdade, mas também com observância das leis: [ O juiz para julgar de modo justo, com verdade e observância da lei] (...) [O bom juiz nada faz segundo o seu arbítrio e vontade

leis. O dever de obediência é claro não cabe somente ao órgão julgador (juiz), mas também aos advogados. Ensina que o bom juiz não deve julgar segundo seu arbítrio ou sua vontade privada, mas decide em total obediência a Lei e o Direito.

Realmente, observando nosso tempo e tendo mecanismo de estudá-lo, podemos facilmente estabelecer entendimento quanto à assertiva de que não há sociedade sem direito e não há direito sem sociedade.

Diante do exposto acima, perguntamos a causa da correlação entre sociedade e direito. Uma das possíveis respostas encontra-se na observação de que o direito exerce na sociedade uma função ordenadora e cooperadora entre as pessoas com finalidade também de compor conflitos entre seus membros.

A sociologia do direito trata a assertiva acima de controle social, pois o direito é um conjunto de instrumentos que a sociedade dispõe para justamente resolução de conflitos e superação das antinomias.

Sérgio Bermudes<sup>17</sup> conceitua também o direito como o conjunto de normas que regulam a conduta do homem na sociedade. E trata como finalidade do direito assegurar o equilíbrio, a harmonia e a paz social. Neste diapasão temos um ideal. Ulpiano enunciou: viver honestamente, não prejudicar o outro, dar a cada um o que é seu. Viver honestamente se reveste da capacidade de o homem não molestar outros e dar a cada um o que é seu significa não prejudicar outro que vive honestamente.

Dworkin<sup>18</sup>, em sua obra *O Império do Direito*, traz uma assertiva

---

privada própria, mas decide segundo as leis e o direito].

<sup>17</sup> **BERMUDES**, Sérgio, *Introdução ao Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense. 2002. p 5. “Assim como as rosas, que so cumprem o seu destino de embelezamento quando desabotoam, as normas jurídicas so se prestam a sua finalidade de regular o convívio, quando se manifestam, tornando-se um objeto (de objectus, o que se mostra a vista, apresentado; de objicere)...”

<sup>18</sup> **DWORKIN**, Ronald. *O Império do Direito*, São Paulo. Martins Fontes. 2003. ps. 5 e

que o conceito de direito está intimamente ligado a como os juízes decidem as causas e como estes juízes pensam o direito. Quando estes juízes divergem sobre o direito, isto também é de grande valia, pois investiga questões materializadas no mundo do direito. Para se avaliar o que seja direito continua Dworkin, é preciso revelar os mistérios de pelo menos três diferentes tipos de questões, a saber:

“questões de fato, questões de direito e as questões interligadas a moralidade política e fidelidade”

Esta questão está impregnada no conceito de direito de Dworkin, que este afirma ser o direito nada mais que os julgados e as decisões do passado pelas instituições jurídicas como as câmaras municipais, tribunais ou legislaturas. E traz como inquestionável o fato dos juízes criarem novo direito todas as vezes que julgam casos importantes ou inéditos. Desta forma Dworkin surpreende trazendo a baila um assunto muito interessante, a novidade do direito. Trata este autor de um direito não engessado e que não está parado no tempo e espaço, mas sim se oxigena a todo o momento e se globaliza com a divulgação de novas decisões, influenciando outras e assim por diante. Importante salientar a importância que este autor dá aos juízes na formação do direito. Diferente dos tempos remotos, onde a sociedade criava o direito e era beneficiada por ele, agora temos um direito centrados nas mãos dos magistrados e julgadores, que se forem bons juízes com boas respostas as divergências teóricas, esta sociedade é beneficiada. Porém se forem maus juízes e neste caso Dworkin se remete aos advogados e operadores do direito em geral, a sociedade é escrava destes julgados.

<sup>19</sup>Um belo conceito que reflete este pensamento é quando o autor diz:

“Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos.”

Norberto Bobbio<sup>20</sup> em sua clássica obra: *A Era dos Direitos*, vem

---

SS. “ Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalha no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por ultimo, se a lei negar o ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo?”

<sup>19</sup> **DWORKIN**, Ronald. *O Império do Direito*. Ob. Cit. 2003. p.15 “ O direito é, sem dúvida, um fenômeno social.”

<sup>20</sup> **BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*, São Paulo. Campus, 2004. p 68. “Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são

corroborar com a tese de Dworkin fazendo referencia aos direitos dos homens indubitavelmente interligados aos fenômenos sociais. Dentro deste paradigma, o fenômeno social e o direito dos homens estão sendo observados, estudados e narrados de diversos pontos de vista que podem ser dos filósofos do direito, juristas, economistas e acima de tudo da sociologia jurídica, que assume papel de extrema importância na idealização e promulgação de leis que normatizam os fenômenos sociais. Atribui Bobbio a um aumento significativo deste direito, onde é derivado do aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, aumento de sujeitos do direito como os animais, natureza dentre outros e para finalizar, ocorre um aumento significativo dos direitos a cada dia pelo fato do homem não ser simplesmente um indivíduo, mas um sujeito complexo do direito que se divide na fase embrionária já merecedora de direito, passando pela fase da criança e adolescente, que já possui legislação própria, a fase adulta onde é gerada normalmente sua riqueza, até a fase do ser idoso com leis próprias.

Temos então neste tópico uma verdadeira busca de um conceito de direito. Miguel Reale<sup>21</sup> em sua obra Nova Fase do Direito Moderno, cita Kant e desde o início traz elucubrações sobre a resposta mais contundente da assertiva o que é o direito. Para Kant o conceito do que seja direito é tão difícil que os juristas preferem se deter ao conceito do que seja de direito, partindo suas respostas positivistas de leis vivente em determinada época.

---

também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociólogo, precisamente o da sociologia jurídica.

Essa multiplicação (ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos; a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especialidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo.”

<sup>21</sup> **REALE**, Miguel, Nova Fase do Direito Moderno . São Paulo. Saraiva, 1990. p.3 e SS.  
 “ Com ironia, logo no início de sua introdução à doutrina do direito que os juristas – nome dado aos conhecedores da doutrina do Direito Positivo – ficam embaraçados quando se lhes pergunta: “Que é o Direito?”, muito embora eles possam indicar “o que seja de Direito” em função da lei vigente em determinada época.”

Diogo Freitas do Amaral<sup>22</sup> tece um articulado conjunto de idéias que retrata a busca infundável do conceito cabal sobre direito. Em sua particularidade acredita ser o direito um sistema de ordem normativa com unidade de regras a serem interpretadas mediante critérios lógicos e técnicos com finalidade de garantir a segurança dos membros da sociedade, os direitos humanos, a ordem e a conduta social. Esta ultima, acredita Freitas do Amaral<sup>23</sup> ser tão importante que se forem ameaçadas devem ser de imediato ser estabelecida sanções em caso de infringência.

Desta feita o direito pode ser também designado como um enorme e crescente ente que rege as relações humanas, partindo de grande número de princípios e normas cuja validade e aplicação é ao mesmo tempo aceita e coercitiva nos tempos modernos como meio de subsistência social e de sobrevivência humana. O direito, como vimos, é uma enorme soma de conceitos que foram estabelecidos de forma lenta e gradual ao

---

<sup>22</sup> **FREITAS DO AMARAL**, Diogo, Manual de Introdução ao Direito – Vol. I. Coimbra. Almedina, 2004. p. 48. “Assim, para uns, o Direito é uma arte uma arte ou virtude – *jus est ars boni ET aequi* (Celso, Ulpiano, Baldo); - Para outros, o Direito é sinônimo de justiça – *jus nihil aliud sit quod ipsa justitia* (Tomás Mieres); - para outros, próximos dos anteriores, o Direito é a coisa justa, por exemplo, a lei justa, a decisão administrativa justa, o contrato justo, a sentença justa – *jus est ipse res justa* (s. Tomás de Aquino, Miguel Villey) ou, noutra formulação próxima dessa, *jus est quod justum et aequum est* (Vallet de Gaytisol): - Um grupo diferente de autores define o Direito como conjunto de regras de conduta social: mas, dentro desse grupo – decerto o mais numeroso - , há variantes que cumpre conhecer. Para uns, os jusnaturalistas, o Direito é o conjunto das regras de conduta social extraídas pelos governantes do Direito Natural e, portanto, conformes à justiça e à moral (S. Tomás de Aquino, Francisco Suarez): para outros, o Direito é o conjunto de regras de conduta social impostas pela vontade do Soberano, independentemente do seu conteúdo justo ou injusto, moral ou imoral (Hobbes, Stammler, Hart); para outros ainda, o Direito é o conjunto das regras de conduta social engendradas pela consciência coletiva do povo (Sauer), ou pela classe dominante no intuito de explorar as classes dominadas (Karl Marx); - Ainda aqueles que vêem no Direito um conjunto de regras de conduta social, há a distinguir, agora noutro plano, entre os que se contentam com a validade formal dessas regras, regularmente elaboradas, aprovadas e postas em vigor (Kelsen), e os que só consideram como verdadeiro Direito as regras que alcancem e mantenham uma aplicação efetiva na comunidade social a que se destinam, e com as modificações ou distorções que o uso ou o não uso lhes introduzirem na pratica (Duguit, Jèze); - Há por outro lado, os juristas que só encontram o Direito no caso concreto: o Direito são as regras de conduta social elaboradas ou aplicadas pelos tribunais (Von Bülow, Holmes), ou são as próprias condutas humanas conforme a lei (Cássio)”

<sup>23</sup> **FREITAS DO AMARAL**, Diogo, op. cit. 2004. p. 65.

longo dos séculos. Desta forma temos uma melhor compreensão do direito estudando os sistemas jurídicos vigentes, principalmente o sistema brasileiro.

## 1.2- Breve Ensaio sobre o Direito Objetivo

Terminologia oriunda do latim, *ob jectum*, que segundo William Benton<sup>24</sup> seu significado é: colocado adiante, anteparo, objeto aos quais as pessoas se sujeitam. Godofredo Telles Jr<sup>25</sup>. Em sua obra *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica* preconiza que o direito objetivo é um conjunto de normas jurídicas de um Estado. Normalmente dizemos que o direito positivo é composto de normas jurídicas emanadas do Estado. Max Weber<sup>26</sup> faz imenso estudo sobre o tema e faz defesa que tais normas jurídicas emanadas do Estado independe de que Estado é. Para Weber importante é que o legislador tenha autoridade para validar tais normas e não importa, portanto se este legislador foi estabelecido de forma democrática ou ditatorial. Não importa a origem da norma e sim sua validade formal. Desta forma o direito positivo se faz de normas que efetivamente estão sendo utilizadas, praticadas e, portanto julgadas. São estas normas de direito objetivo como exemplo, a saber: a Constituição de um Estado, suas Leis, decretos, circular, portaria, jurisprudência, costumes e tantos outros atos capazes de embasar uma decisão. Entretanto as cláusulas de um contrato de locação, por exemplo, embora jurídica, não fazem parte do corpo do direito objetivo, pois não emanam imediatamente do Estado, e sim da vontade dos contratantes e contratados. Novamente citando o Ilustre Jurista Godofredo Telles Junior, direito objetivo é: “a base da unidade do sistema jurídico nacional”. Desta máxima podemos concluir que todo direito positivo é direito objetivo, porem nem todo direito objetivo

---

<sup>24</sup> **BENTON**, William, *Enciclopédia Barsa*, São Paulo, Britannica Editores, 1967.

<sup>25</sup> **TELLES**, Godofredo Júnior, *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

<sup>26</sup> **HABERMAS**, Jürgen, *Direito e Moral*, Lisboa, Instituto Piaget, 1992. PP. 14. “Direito é, precisamente, aquilo que um legislador político (independentemente de este ser ou não, democraticamente, legitimado) delibera como direito, de acordo com um procedimento, legalmente institucionalizado.”

é direito positivo. Resumidamente direito objetivo é o conjunto de normas de disciplina social (num determinado momento e local).

### 1.3- O Direito Natural:

Conforme o Ilustre jurista Gustav Radbruch<sup>27</sup> em sua obra clássica *Introdução à Filosofia do Direito*, a teoria do Direito justo fora designada durante séculos como Direito Natural. Neste momento há uma enorme quebra de paradigmas quanto ao Direito Natural, pois Radbruch trata este como derivação da Teoria do Direito Justo. Continua seus ensinamentos argumentando que na antiguidade aristotélica havia um antagonismo entre natureza e convenção. Passados para a Idade Média esta dualidade se dá no campo do Direito divino e Direito humano, mais precisamente em Tomaz de Aquino. Caminhando a passos largos ele trata que na Idade Moderna esta dualidade fica mais acirrada e tem como base a contradição entre razão e ordem coativa (de Hugo Grotius a Rousseau).

Para Gustav Radbruch<sup>28</sup> o moderno Direito Natural está embasado na teoria do contrato social, que salienta não poder ser este entendido como um fato real, mas como ficção. Apresenta como método elucidativo a divisão do Direito Natural em três períodos: imutável como Deus, marcado pela razão e não é um parâmetro para o direito positivo, mas para auxiliá-lo em suas contradições.

Mas o Direito Natural ou jusnaturalismo, muito mais que apenas

---

<sup>27</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1965. pp. 19 ss. “A teoria do Direito justo foi designada, durante séculos, como Direito Natural”.

<sup>28</sup> **RADBRUCH**, Gustav. Pp.20. “O Direito Natural, em seus três períodos, apresenta as seguintes características:  
 é, como a natureza, como Deus e a razão humana, imutável e absoluto, em todos os tempos e lugares;  
 é inequivocadamente apreensível pela razão;  
 não serve apenas como parâmetro para o Direito Positivo, mas também para substituí-lo quando este estiver em contradição com ele.



uma teoria que postula a existência de um direito de conteúdo extraído da natureza, é segundo o Ilustre Professor Paulo Ferreira da Cunha<sup>29</sup> uma escola moderna de Direito Natural. Esta precedeu a disciplina de Filosofia do Direito e acabou assassinando o único direito natural realmente não tendencialmente positivista, o direito natural clássico.

Formuladas estas breves considerações, passaremos a estudar com mais profundidade o Ilustre Professor Cabral de Moncada<sup>30</sup>, que nesta vertente possui um dos melhores tratados de Direito Natural. A iniciar falando sobre a antiguidade Greco- Romana, todo o direito deste estado era considerado natural. Natural como a natureza tendo em seu bojo aspectos misteriosos e divinos, dando uma concepção cosmológica do direito natural ou fazendo nova nomenclatura para o jusnaturalismo cosmológico. Conforme os ensinamentos de Cabral de Moncada:

“ Começou por aí o pensamento grego e foi ele indiscutivelmente quem inventou, por isso, a própria expressão de [direito natural] com que desde essa época, e sobretudo depois de generalizada mais tarde pelos romanos, se ficou a designar a filosofia do direito”.

Os Sofistas do século V, apareceram quando o pensamento grego já estava cansado dos excessos de especulações e Atenas vivia uma crise profunda. (Moncada. Pp. 13). Desta forma os Sofistas foram os primeiros positivistas do direito, usando o pragmatismo e o utilitarismos de forma inescrupulosa e por isso sendo chamados de “ os primeiros dos anti-metafísicos de todos os tempos”.

---

<sup>29</sup> **CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. “ pp. 99. “ Curiosa evolução: a cadeira de Direito Natural, na época crescentemente racionalista e iluminista, prepara o fim do Direito Natural. E quando o direito natural já está agonizante, e se prepara o triunfo do positivismo jurídico, institui-se a cadeira de Filosofia do Direito, muitas vezes servida já por manuais e tratados de Filosofia do Direito, mas Filosofia do Direito Positivo”.

<sup>30</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. pp, 12.

Apareceram então os Socráticos, acreditando sobre tudo na razão humana. A ação educativa fora puramente moral, idêntica a razão. Ensinou também que o bem e a verdade são idênticos, assim como a virtude e o conhecimento.

Seguindo a linha de estudos de Moncada, temos os ensinamentos de Platão, onde seu sistema de idéias foi predominantemente, ou seu idealismo puro. Para Platão existe dois mundos: o mundo real e o mundo da intuição, da alma, ou como é chamado o mundo supra-sensível das idéias. Em Platão é criado então o Direito Penal que preconiza a correção do delinqüente, sendo a cadeia uma casa de correção.

Aristóteles criou um sistema de idéias que fora chamado de naturalismo, e assim também fora chamado de naturalismo-idealista. Também é conhecido como o pai da teoria do direito natural. Escreveu também sobre Ética e a Política. Sua obra proeminente é : Ética a Nicómaco, posteriormente veio Ética a Eudemo e a chamada Grande Ética, que segundo Moncada não passa de um resumo das duas primeiras obras. Aristóteles também assumiu a posição que a justiça natural é uma justiça política, com isso, criou o esquema de justiça distributiva e corretiva que seria estabelecido pela melhor comunidade política.<sup>31</sup>

É chamada de Estoicismo a filosofia estóica. Dentro desta filosofia, é atribuída a mudança do conceito de justiça natural para direito natural. Segundo Cabral de Moncada esta ponderação nada mais é que um retorno ao idealismo no sentido de uma retomada a essência da realidade a Razão: “uma razão hipostasiada, um Logos, comum a natureza e ao homem, como em Heráclito”. (Moncada, pp. 37). Com isso conclui-se que o homem e a natureza possuem um denominador comum, a saber, a razão.

Sobre o Cristianismo, para o estudo do Direito Natural, é este um

---

<sup>31</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de., pp. 34. “ Se Platão foi ideólogo, de propensão mais reformadora, a Aristóteles poderia chamar-se com melhor razão um teórico mais puro e um sociólogo das coisas políticas, no sentido moderno destas expressões, embora subordinando sempre as suas observações a um critério ético e educativo”.

fato religioso<sup>32</sup>. Segundo Cabral de Moncada, com o advento do gnosticismo, a Igreja teve necessidade de criar uma filosofia e uma teologia, para se distinguir deste movimento. Desta forma o Autor apresenta resumidamente a história do Cristianismo dividida em três partes que foram atravessadas em sua história. A primeira desta fase inicia no século I e vai até os ensinamentos de Santo Agostinho. Importante repisar que esta fase fora marcada predominantemente por um certo sincretismo oscilante. A segunda fase do Cristianismo, que vai de Santo Agostinho até Tomaz de Aquino no século *XIII* é marcada e caracterizada pela presença do pensamento de Platão, o Neo-platonismo e os Estóicos. A terceira e última fase do Cristianismo proposta por Cabral de Moncada tem somente o início em Tomaz de Aquino e é marcada pela junção da segunda fase acrescido com os pensamentos e com a filosofia aristotélica. (Moncada, pp. 50).

Terminamos este breve tratado de Direito Natural com as palavras do Ilustre professor Barbas Homem, quando em sua obra História das Relações internacionais nos congratula com sua explicação de conceitos<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de., pp. 45 e ss. “ Ao falarmos aqui do Cristianismo, devemos advertir que o fazemos apenas como historiadores e críticos e não como crentes. Só aqui nos interessa o aspecto humano e racional deste grande fato histórico. Importa, porém, notar, para tranquilidade de muitos leitores, que nenhuma das nossas afirmações é incompatível com o ponto de vista da Fé religiosa. Reputamos História e Fé coisas absolutamente distintas”.

<sup>33</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. História das Relações Internacionais – O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2003. pp.314. “ As concepções de direito natural nascem na Grécia antiga com base no reconhecimento de que a natureza tem leis físicas que se impõem aos homens e a todas as criaturas vivas, discutindo-se o seu modo específico, se constituem uma ordem harmônica (cosmos) ou não (caos). A concepção cristã do tomismo assenta no reconhecimento da existência de ordens estáveis e harmônicas entre si: uma ordem revelada por Deus aos homens (direito divino); uma ordem que o homem encontra na natureza criada por Deus (direito natural); e uma ordem criada pelos homens (positiva). A secularização racionalista resume o direito natural a uma exigência da recta razão do homem (*recta ratio*), como um conjunto de princípios apenas próprios do homem racional. Com a identificação dos direitos naturais do homem, conceito estruturador das declarações dos direitos do século XVIII, o pensamento ocidental passa a conhecer duas tradições jusnaturalistas distintas e, em alguns autores, antagónicas”.

#### 1.4- Direito Positivo:

O positivismo pode ser definido, segundo a obra de Cabral de Moncada, como o definido por Littré: sendo uma atitude mental que visa a “dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a idéia de conjunto da filosofia<sup>34</sup>”.

É colocado por alguns estudiosos como sendo Augusto Comte o pai do positivismo. É também sabido que nem mesmo Comte reivindicou a si este título e sabia que não o era. Comte apenas deu ao positivismo sistematização e aprofundou sua doutrina neste movimento, visto a crise instaurada no Estado. Bacon, Descartes, Galileu, Hume Locke e mais proximamente nas lições fundamentais de Kant é notória as contribuições e lições do Direito Positivo.

Para Arthur Kaufmann, o positivismo jurídico- científico, que assim fora batizado por Franz Wieacker, foi uma reação dada as barbárias que a jurisprudência jusnaturalista fomentava a insegurança jurídica aplicada ao caso concreto. Pois quando um juiz não conseguia fundamentação adequada ao caso, era decidido conforme o seu “juízo razoável” e aplicava assim a pena que melhor lhe convêm. O século XIX nos apresentou uma idéia de lei preparada pela concepção de Estado de Jean Bodin.<sup>35</sup>

Habermas sublinha ainda uma outra feição do processo de direito positivismo. Acrescenta que este processo teve início na Europa, desde os finais da Idade Média, até às grandes codificações do século XVIII.<sup>36</sup> Mas ao contrário da afirmação de Habermas, no mundo antigo, especialmente em Platão, o positivismo já era uma denotação da expressão de justiça.

---

<sup>34</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de., pp.308.

<sup>35</sup> **KAUFMANN / HASSEMER**, Arthur/ Winfried., *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. pp, 114.

<sup>36</sup> **HABERMAS**, Jürgen, *Direito e Moral*, Lisboa, Instituto Piaget, 1992.

Também em Sócrates, onde para ele a justiça concretiza-se através da legalidade. Temos desta forma que o Direito Positivo é a própria justiça. Para Hans Kelsen<sup>37</sup> em sua obra *A ilusão da Justiça*, ele dialoga onde até os deuses identificam o justo e o legal como uma única e somente coisa. Sempre juntas e nunca separadas.

Encontramos na obra de Perelman<sup>38</sup>, que o direito positivo é um conjunto de regras de direito de caráter obrigatório e sendo uma vontade explícita do legislador, onde o juiz deve ser totalmente subordinado e julgar somente com base na lei. Desta forma uma observação fica estampada; aqueles julgamentos em que o Estado decidia conforme sua melhor conveniência aplicando a pena que melhor seria está posto a termo. Agora temos um Estado Juiz onde este está “preso” às leis e deve ser justo em seu julgamento em observá-las nas suas decisões. Da mesma sorte tem um legislador virtuoso onde todo o Estado se enobrece com promulgações de leis justas.

Para Kelsen<sup>39</sup>, o Direito é complexo de normas que norteiam a conduta humana e essas normas, quando legitimamente válidas (positivadas), podem e devem estabelecer sanções, pois a natureza destas normas é de ordem coercitiva.

Adverte-nos precisamente o Ilustre Professor Paulo Ferreira da Cunha<sup>40</sup> do perigo em nos transformar-mos em positivistas legalistas, onde

---

<sup>37</sup> **KELSEN**, H. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp 505 ss. “ Até mesmo os deuses, portanto, têm o justo e o legal por uma única e mesma coisa”.

<sup>38</sup> **PERELMAN**, Chaïm, *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

<sup>39</sup> **KELSEN**, Hans.. *Teoria Pura do Direito*. tradução de Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2008. p. 36. “As ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Quer isto dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção.”

<sup>40</sup> **CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

a predileção por uma definição de Direito como conjunto de normas criadas pelo Estado e impostas coactivamente. Estes adeptos são altamente legalistas e tem o objetivo de se abster e combater o jusnaturalismo. São verdadeiros engessados do direito onde não se torna possível a oxigenação da elaboração de uma norma adequada para um julgamento justo, quando esta não está positivada.

Arthur Kaufmann<sup>41</sup> interpreta que a formulação do sistema jurídico denominado positivação do direito, fixando o que ele chama de “direito velho”, sendo substituído por uma legislação fundamentada num direito de validade e um instrumento que fixa princípios e torna mais eficiente a decisão jurídica, deixa clara as regras jurídicas e só devem ser alteradas quando surgem novos casos não previstos na norma. Desta forma, a priori, o direito positivo não está e não deve estar engessado, devendo o Estado das sua sentença somente quando houver regra positivada. Preconiza Kaufmann que ao contrario disto, o Direito Positivo e sua codificação veio para dar maior e melhor justiça a sociedade, por se tratar a principio de um direito alterável, mutável e interpretável, diferentemente do Direito Natural invariável.

---

<sup>41</sup> **KAUFMANN / HASSEMER**, Arthur/ Winfried., *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 289. “Com a formulação de princípios jurídicos codificadosé, por fim, criada uma condição dentral para o fenômeno a que Luhmann chama “positivação do direito”: a reorientação do sistema jurídico de um “direito natural” invariável para um direito legislado em principio alterável. O domínio do direito “velho” – e só por isso “concreto” – é substituído pela experiência de regras jurídicas contingentes, postas pela legislação à disposição da solução de novos problemas de regulamentação como “actividade de rotina da “vida do Estado”. Com a separação entre a pessoa do soberano e o seu papel enquanto legislador, com a especificação de uma instituição legisladora tornou-se possível suavizar a vinculação do legislador ao direito à sua disposição e conhecer a alteração desse direito não como uma violação do direito ou como desobediência, mas como uma resposta funcional do sistema perante novas exigências. Com esta reestruturação do sistema jurídico através da positivação do direito, o fundamento de validade do direito “correcto” já não é a (preexistência de regras, mas a sua fixação. Deste modo, o sistema jurídico ajusta-se à mudança social e presta-se a ser “instrumento de transformações na sociedade”. Um direito variante e constantemente em mudança nas codificações deixa de estar fixado nos princípios de uma ordem estática e ganha uma “selectividade mais intensa”. Regras anteriormente constantes, preestabelecidas à decisão jurídica (e legitimadoras desta) tornam-se disponíveis, tornam-se objecto de legislação e decisão. Desta forma, torna-se claro que as regras valem como alternativas escolhidas são substituíveis quando surgem novas exigências”.

Continua Kaufmann<sup>42</sup> argumentando que este novo sistema de regras jurídicas, somente terá importantes conseqüências quando aplicadas as decisões dos casos jurídicos e efetivamente cumpridas. Norteia seu fundamento na necessidade do Juiz aplicar tais ordens jurídicas em suas decisões.

### 1.5- Direito Subjetivo:

Hans Kelsen<sup>43</sup> proclama com razão que o direito subjetivo simplesmente representa uma possibilidade de servir, mas que não tem necessariamente que servir. Diz Kelsen que este direito é uma oportunidade da sociedade capitalista de garantir a propriedade. Filosoficamente o direito subjetivo foi repensado por Kelsen por não se tratar de um direito disponível, mas sim tecnicista do positivismo onde podemos acreditar o direito e as normas jurídicas são elaboradas para o bem comum. Neste trato Kelsen deixa claro que a oportunidade faz pensar que o direito subjetivo está disponível.

Em outras ceiras, o direito subjetivo é uma faculdade, de fazer ou não fazer valer o seu direito. De exigir ou não o direito que teoricamente, ou melhor, que positivamente, esta agente possui. Neste diapasão, o direito subjetivo é aquele que traça limites, padrões e que disciplina o que explicitamente se pode ou não fazer. É a norma positivista personificada, principalmente em se tratando de direito penal.

---

<sup>42</sup> KAUFMANN / HASSEMER, Arthur/ Winfried., Ob. Cit. 2002. p. 290.

<sup>43</sup> Kelsen, Hans.. *Teoria Pura do Direito*. tradução de Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2008. p. 156. “A estatuição de tais direitos subjetivos não é – ao contrario da estatuição de deveres jurídicos – uma função essencial do direito objectivo. Ela apenas representa uma conformação possível, mas não necessária, do conteúdo do direito objectivo, uma técnica particular de que o direito se pode servir, mas que não tem necessariamente de servir-se. É a técnica especifica da ordem jurídica capitalista, na medida e que esta garante a instituição da propriedade privada e, por isso, toma particularmente em consideração o interesse individual. É, de resto, uma técnica que não domina sequer todas as partes da ordem jurídica capitalista e que, plenamente desenvolvida, só aparece no domínio do chamado direito privado e em certas partes do direito administrativo.”

Iniciamos nosso estudo reportando a Kelsen, que nega tal direito, dizendo que existe no mundo jurídico normas ou sistemas de normas que podem servir, mas que juridicamente e visto na atualidade em sentenças e acórdãos que não necessariamente servem. Muito deste mundo jurídico é vislumbrado no direito de família, onde o positivismo afirma que aquele que detem melhores condições de criar a prole deve com esta ficar e ter sua guarda. Porém na realidade o Estado Juiz se embasa de fenômenos articulados por assistente sociais e psicólogas capazes de mitigar um julgamento justo tanto no sentido positivista quanto no sentido em se tratando de direito subjetivo, por débito judiciário – isto é – um serviço auxiliar que é na verdade incapaz de auxiliar o magistrado na prolação de sua sentença.

No ordenamento brasileiro, é nítida a dicotomia entre direito subjetivo e direito objetivo. Desta feita os melhores argumentos de Kelsen e tantos outros pensadores do direito não fazem valer na finalidade de justiça operada em nossos tribunais, porto que impera o positivismo com o direito objetivo – considerado ordenamento jurídico normativo garantido pelo Estado - conjuntamente ao direito subjetivo de fazer valer o que escrito está.

Em se tratando do direito brasileiro, este faz uma total e severa dicotomia entre estes direitos, reservando um lapso jurídico bastante fecundo ao advento do direito subjetivo. Intocável são os direitos fundamentais a vida, liberdade, segurança, individualidade e a propriedade, tudo isto de forma clara na Constituição da Republica no seu parágrafo 5º. Convém igualmente assinalar os direitos políticos e de pátrio poder, visto ser faculdades concedidas ao cidadão mas não representam uma totalidade de direitos, sendo estes devedores de correspondência tanto ao Estado que exige o exercício do direito político obrigatório em determinados casos, assim como a faculdade de direito exercida pelo detentor do pátrio poder, pois ser este um direito putativo – não sendo obrigado o seu exercício, devendo este não se exaurir de suas perdas e danos assim como danos morais, e modernamente débito de exercício de direito.

A teoria da Vontade defende que o direito subjetivo, difere do direito objetivo, por depender da vontade de seu titular. É a vontade subjetiva, isto quer dizer, a vontade do seu detentor – detentor do direito reconhecido pelo ordenamento jurídico prolatado pelo Estado – normatizado. Esta teoria repensa a possibilidade do agente ser incapaz de requerer ao Estado Juiz seu direito, a saber seu direito positivado. Neste



caso, em apreço a teoria da vontade seu representante é juridicamente capaz de reivindicar o direito subjetivo que ao outro foi apreciado.

A teoria do Interesse deixa claro que os direitos objetivos são os interesses juridicamente protegidos pela norma vigente positivada. Nisto independe de vontade e sim de um ordenamento previamente legado. Destaque se faz que no direito objetivo, mormente os valores se faz em relação a coletividade e ao bem comum, enquanto que o direito subjetivo se retrata a pessoa como única universalmente falando. Eu tenho, eu posso, eu possuo do Direito que me resguarda e por isto vou em busca da Tutela do Estado.

Existe no mundo jurídico, a teoria eclética que se caracteriza por uma união das teorias do interesse e da teoria da vontade. Torna-se complexo ao mundo jurídico a união destas teorias devendo ter uma composição do poder público pautado no bem comum e na justiça.

Cotrim<sup>44</sup> possui um atributo ao direito subjetivo partilhado em três níveis quais são: Fundamentação bem elaborada destes direitos que ao mesmo tempo estão ou devem estar positivados, Direitos como posições jurídicas partindo dos princípios do acesso à justiça e também economia processual.

Em se pautando de sentença ou acórdão, deve ter o julgado, na sua fundamentação, as razões pelas quais uma norma abstrata ou positivada se torna norma de um direito subjetivo a alguém. Desta feita o Estado Juiz deve reconhecer o direito e garantir sua aplicabilidade e exigibilidade.

---

<sup>44</sup> **COTRIM**, Gilberto Vieira. Ob. Cit. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 94.

Na magistral obra do Desembargador Alexandre Câmara<sup>45</sup> intitulada *Lições de Direito Processual Civil*, o mesmo faz um desafio em transpor a fonte material onde não possui força vinculante num julgado a emergir a fonte formal, vinculante e aplicável a todos, sendo portando um direito subjetivo em sua aplicabilidade.

No tocante a sua classificação, os direitos subjetivos podem ser:

- **Públicos:** Direitos que interferem em toda sociedade. Neste caso regido pelo Estado Membro;
- **Privados:** Este ramo do direito subjetivo se aplica em principio aos interesses dos particulares. Os Autores são: independentes e autônomos;
- **Acessórios:** Caso o direito subjetivo esteja subordinado a um direito principal. No meio jurídico se diz: o acessório acompanha o principal;
- **Disponíveis:** se por vontade própria, seu titular puder dispor do direito;
- **Indisponíveis:** quando o possuidor do direito não puder dispor deste direito, sendo e fazendo dele seu submisso, devendo obedecê-lo ;
- **Reais:** quando este direito se reporta a bens móveis e imóveis. Importante salientar que no Direito Brasileiro somente pessoas humanas são capazes de serem detentoras deste direito. Neste diapasão temos a teoria de Savigny (subjetiva) e a teoria de Ilhering (Objetiva);

---

<sup>45</sup> **CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil Vol. I*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. “ As fontes do Direito Processual Civil, portanto, são os lugares de onde provem este ramo do direito, e se classificam tais fontes em formais e materiais. Fontes formais são aquelas que possuem força vinculante, sendo portanto obrigatórias para todos. São as responsáveis pela criação do direito positivo. Já as fontes materiais não tem força vinculante, servindo apenas para esclarecer o verdadeiro sentido das fontes materiais.

- **Pessoais:** Neste trato temos uma relação jurídica entre pessoas. Seu objeto deve ser uma prestação ou um ato de abstenção. Um credor e um devedor.

Em tese o Direito subjetivo é uma *facultas agendi*, isto quer dizer que como regra jurídica o autor faz ou deixa de fazer alguma atividade jurídica ou exige de outro segundo seu amparo na legislação vigente, isto quer dizer, na norma positivista e no seu direito objetivo. Nas questões jusfilosóficas nada impede este autor de postular uma ação e questionar uma lei ainda não existente. Desta forma temos o criar o direito e aplicar a justiça.

No direito subjetivo<sup>46</sup>, assim como no Direito Processual, faz-se mister a presença dos três elementos basilares: Um Sujeito (titular do direito), um objeto (fim específico da relação: uma coisa, a própria pessoa ou outrem.) e um Estado Juiz para deferir a Tutela e dizimar o litígio.

---

<sup>46</sup> **CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil Vol. I*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. P. 8. “O Direito Processual tem sua evolução científica dividida em três fases muito nítidas: a fase imanentista, a fase científica e a fase instrumentalista. Diga-se desde logo que, neste quadro, não levamos em consideração a evolução do processo civil romano, por exemplo, pois seguimos aqui a orientação de Montero Aroca, para quem o estudo da evolução do Direito Processual não precisa retroceder a “adão e Eva, ou ao macaco pelado, segundo se prefira” (Juaan Montero Aroca, *Evolución y Futuro Del Derecho Processual*, Bogotá: Temis. 1984. p. 71.)

A primeira fase, chamada imanentista, é a anterior à afirmação da autonomia científica do direito processual. Durante esta fase do desenvolvimento do direito processual “na verdade, nesta fase não se pode falar propriamente em direito processual, o que se faz por mera comodidade”, o processo era mero apêndice do direito material. Dizia-se, então, que o direito material “como o direito civil, por exemplo”, sendo essencial era verdadeiro direito subjetivo, enquanto o processo mero conjunto de formalidades para a atuação prática daquele, era um direito adjetivo. Estas denominações hoje inteiramente ultrapassadas, e equivocadas do ponto de vista científico, devendo ser repudiadas diante do grau de desenvolvimento alcançado pelos estudos processuais, continuam – infelizmente – a ser empregadas por alguns autores, e, principalmente, por muitos operadores do direito, como advogados e magistrados. Tal linguagem, porém, deve ser banida, por ser absolutamente por divorciada da precisão científica já alcançada.”

## CAPÍTULO 2

### **FONTES HISTÓRICAS DO DIREITO, O DIREITO ROMANO, O DIREITO GERMÂNICO, DIREITO CANÔNICO E DIREITO HISPANO-PORTUGÊS**

#### **2.1- O Direito Romano**

Segundo Zygmunt Bauman<sup>47</sup>, em sua obra *Modernidade Liquida*, o Direito Romano apresenta um dos maiores legados jurídicos que o mundo moderno tem oportunidade de estudar e especular filosoficamente. Os romanos e principalmente as civilizações que criaram o mundo romano daquela época, conseguiram edificar o maior sistema jurídico da Idade Antiga, que fora obedecido e praticado quase em toda sua totalidade no seu grande império romano.

O grande Jurista alemão Rodolf Von Jhering<sup>48</sup> em sua obra *O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento*, faz alusão que a maior importância do direito romano para o mundo atual não está vinculado ao fato de ser este direito a origem do direito, mas sim na transformação que o direito romano operou no pensamento jurídico e na

---

<sup>47</sup> **BAUMAN**, Zygmunt. *Modernidade Liquida*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999.

<sup>48</sup> **JHERING**, Rodolf Von. *O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Alba, 1943.

filosofia. Esta transformação influenciou e influencia até hoje o pensamento jurídico e muito mais que isto, traz enorme contribuição ao campo de estudos da moral e da ética. Mesmo sendo a Grécia o palco da formação da polis e seu tradicional pensamento sobre a democracia, é em Roma que temos a sistematização jurídica e que fora abrangida por cerca de treze séculos, partindo das origens lendárias da cidade em meados do séc. VIII A.C. e vai até a morte do imperador Justiniano em 565 D.C. Esta data é convencionalmente aceita, porém discutida entre os estudiosos da história romana. O Direito romano antigo é classificado como o direito vigente desde a lendária formação da cidade e se estende até a codificação da Lei das XII Tábuas, que fora aproximadamente em 450 A.C. Esta época coincide com a constituição romana e também com o período da expulsão dos reis em 510 A.C. Muito embora tenha se tornado república, o direito privado vigente não sofreu grandes transformações. E não podia ter sofrido transformações mesmo visto ser naquela época o direito privado muito rudimentar, assim como a economia e a sociedade da época. Este direito estava impregnado de formalidades religiosas sendo resumido praticamente ao direito divino (*faz*) e direito humano (*ius*).

*Ius gentium*, esta foi a denominação para o chamado segundo período iniciado então pela codificação da Lei das XII Tábuas e se estende até a morte do então Imperador Alexandre Severo em 235 D.C. Este período é marcado com a crise da Constituição Republicana. Fora neste período que houve expressiva conquista e relações com Roma e a península, se estendendo por todo o mundo do Mediterrâneo. Importante notar nestas conquistas o desenvolvimento da expansão política e da economia. Roma, a civitas, passou a ser um Império. A antiga e arcaica economia patriarcal e quase de subsistência ganhou forças e se transformou numa economia capitalista, mudando em muito a forma de viver e também a forma de julgar. Mudou o pensamento jurídico e a filosofia jurídica e a sociologia teve importante destaque, claro que com muitas influências e retenções da igreja.

Desta forma o direito passa a evoluir e uma das maiores evoluções se dá no campo da formalidade. O direito na época era rígido e formalista tendo caráter bastante citadino e nacional. Desta feita o novo direito passa a reger principalmente relações entre Romanos e estrangeiros e suas relações comerciais. Torna-se então nesta fase o direito comum dos povos, ou direito universal, sendo denominado de *ius gentium*, ou seja

direito das gentes. Desta forma o direito vai se desligando das origens dos costumes e da religião, passando a prestigiar os princípios da equidade e da boa-fé.

Neste cenário, passa ser função dos órgãos públicos a criação do direito. Deixa o direito positivo vigente e criam-se leis conforme os casos julgados, surgindo os senatus-consultos, as constituições imperiais e os plebiscitos, dando particular importância ao direito privado. Inicia a metade deste período, em meados de 1 A.C., a época mais importante e influente do direito romano. Época do chamado direito romano clássico. Destaca-se neste período importantes jurisconsultos tais como Gaio, Paulo, Ulpiano dentre outros. Os pareceres e comentários destes autores chegaram a ser reconhecidos mais tarde como tendo força de lei. Destaque para Teodósio II e Valentiniano III.

Estudaremos agora o último período histórico que esta marcado no tempo entre a morte de Alexandre Severo em 235 D.C. até a codificação elaborada por Justiniano que fora a partir da terceira década do sec. VI D.C. Este período então ficou conhecido como pós-clássico. Na história o ocidente sofre com as invasões bárbaras e por isto os estudiosos do direito em particular migram para o oriente. O direito nesta época sofre e não é mais conhecido como uma instituição forte e distinta. Tem se apenas as Constituições Imperiais como fonte jurídica absoluta. Fortifica-se a igreja e em particular o cristianismo influencia fortemente o poder político e do Direito. Iniciada a fase de compilação do direito, forma-se então a majestosa obra de Justiniano<sup>49</sup>. Esta obra legislativa fora chamada de

---

<sup>49</sup> **MARTINS**, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Corpus Juris Civilis: Justiniano e o Direito brasileiro*. Teresina, Piauí. Jus Navigandi, 2012. “Justiniano, com seu projeto de unificação e expansão do império bizantino, via a necessidade de criar uma legislação congruente e capaz de atender às demandas e litígios vivenciados à época. Para isso, redigiu, compilou e explicou inúmeras normas e (hoje chamada de) jurisprudência em obra que foi designada como *Corpus Iuris Civilis* pelo romanista francês Dionísio Godofredo em 1583.

A obra está dividida em quatro partes: Digesto (também chamado de Pandectas, seu nome grego), Institutas, Novelas e Código. É uma revolução no âmbito jurídico, pois organizou de forma sistemática a legislação e a jurisprudência romana da época, sendo uma das estruturas para o Direito Civil moderno.”

*Corpus Iuris Civilis*<sup>50</sup>.

## 2.2 – O Direito Germânico:

O significado da expressão “direito germânico” oriunda dos compostos jurídicos entrelaçados em diversas nações e povos bárbaros cuja origem teotônica que influenciou a Europa após a queda do império romano do ocidente em 476 DC.

Neste direito observava-se um direito rudimentar, particularista e de origem costumeira com fortes tendências comunitárias. Sua

---

<sup>50</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da, *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Européia*. Coimbra. Almedina. 2005. pp. 160 e SS. “ à coleção justiniana composta pelo Código Justiniano (compilação legislativa das legis) seu **Digesto** (compilação de doutrina e de métodos dos iuris para interpretação e aplicação das leis), suas **Institutas** (de iniciação e transmissão de conhecimentos jurídicos à qual fora atribuída força legal) e suas **Novelas** (novos textos jurídicos que, a partir de então, passaram a ser expedidos pelo próprio Justiniano e Imperadores que se lhe seguiram), denomina-se **Corpus Iuris Civilis** e remonta ao séc. VI. Reza a lenda que, com a tomada de Amalfi por Lotário II, lá teria sido encontrado o Digesto do Imperador Justiniano o qual, em seqüência, fora mandado enviar à Pisa para que servisse de objeto de estudos jurídicos e submetido à composição de litígios. Certo é que, antes deste importante evento histórico, entre os sécs. VI e XI o estudo do Direito era circunscrito a uns poucos no âmbito do tradicional ensino de artes liberais nos meios eclesiásticos, através do que se chamava **Trivium** (gramática, retórica e dialética – aqui ínsito o estudo do Direito) e **Quadrivium** (matemática, geometria, astronomia e musica). Há indicativos, não obstante, de que também já se estudasse Direito fora dos tradicionais meios eclesiásticos, notadamente nas escolas de Bizâncio. No contexto desse entretempo, como pontificam os profs. Ruy e Martim de Albuquerque, a obra de Justiniano havia desaparecido deglutida pelos costumes, pelas leis bárbaras e pelo Direito Canônico (in Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, op. cit, 2005, pp.266 e SS). Assim, urgia suprir essa carência de um arcabouço jurídico mais consistente que tanto distanciava os novos Cézares do Império Germânico de seus precedentes Romanos. Então, no séc. XII ressurgiu, em Bolonha, e com enorme interesse, a Ciência Justiniana. Lá, Irmério, um estudioso familiarizado com os métodos escolásticos do trivium – e com justa razão considerando o pai da escola dos glosadores e figura de capital importância para a criação do **studium civile** -, se debruça sobre textos justinianus dispersos e os recopila reconstruindo a ordem originária. Com possíveis adições de notas, deu forma as **Corpus Iuris Civilis** medieval logrando, de conseguinte, emancipar e conferir autonomia ao aprendizado jurídico no seio das universidades.”

aplicabilidade é definida mediante decisão de órgãos judiciais e julgamentos na assembléia. Estas decisões tinham forças de lei. Desta forma o direito germânico nasceu ao mesmo tempo de uma origem popular conjuntamente com a judicial impregnada da tradição oral oxigenada a todo instante.

Uma característica predominante do direito germânico diferentemente do direito romano, que fora totalmente pautado pelo princípio da territorialidade, é que sua prerrogativa estava pautada na nacionalidade.

Dificuldades houveram na aplicação do direito romano entre duas pessoas de diferentes nacionalidades, por exemplo nas questões relativas ao matrimônio a regra prevalecia a lei do marido. Em matéria criminal a lei predominante era a do acusado.

Com o passar do tempo, a vida comum entre romanos e bárbaros se tornava cada vez mais intensa, com frequentes migrações e casamentos entre indivíduos de nacionalidades diferentes, concebendo filhos onde não se sabia qual direito aplicar. Desta forma, coube aos reis bárbaros copilar e codificar leis tanto de princípios da territorialidade como de origem romana redigidas em latim.

As leis bárbaras foram predominantemente reduzidas à forma escrita e destinada aos povos bárbaros, pautada nos costumes das tribos com pouca influencia do direito romano pós-clássico. Podemos citar com exemplo a lei bárbara dos visigodos, sancionada em 475 pelo rei Eurico, também chamada de lei Gombetti, a lei bárbara dos Urgundios, a lei dos francos e assim por diante. As leis destinadas aos romanos eram compostas de normas retiradas diretamente dos códigos gregoriano, teodosiano e jurisprudência clássica. Novidade se dá entre a lei dos ostrogodos que tanto era aplicada aos romanos quanto a eles.

Em 684 fora revogada a *lex romana visigothorum* e instituída por Liber Indiciorum, onde foram mescladas a lei bárbara dos visigodos com a lei romana, trazendo assim uma contribuição considerável ao direito



canônico.

Após o XII Concílio de Toledo o *Liber Indiciorum* fora traduzido para a língua castelhana e chamou-se de Fuero Juzgo que posteriormente tornou-se núcleo do direito hispano-português.

Fato que desperta interesse no direito germânico são as fontes não escritas, como dissemos, pautado no princípio da oralidade. As relações sociais são rudimentares e costumeiras. Sociedade bastante simples com foco bastante forte na propriedade. Nesta sociedade o direito se volta mais para a defesa da coletividade que do indivíduo propriamente dito. Na sua maioria são povos nômades com economia voltada a agricultura e pecuária e funcionava de uma forma bastante simples, pois quando a terra deixava de ser produtiva ou interessante a determinado cultivo ou criação da espécie, os germânicos buscavam novas áreas em que pudessem continuar sua vida. A terra pertencia a todo clã ou família e somente a casa familiar era tida como patrimônio individual.

O Direito Germânico existiam três princípios muito interessantes que vale a pena ser estudado no presente momento. Estes são na verdade um misto entre princípio e costume, a saber:

- 1- Alódio – É uma propriedade comum a toda a família e indisponível. O indivíduo poderia possuir e dispor de sua casa, vinha, pasto, gado, mas não poderia dispor do bem alodial.
- 2- Faída – No direito germânico a guerra é a forma mais comum de vingança familiar, geralmente causada por uma ofensa, que tanto poderia ser de ordem a moral e aos bons costumes da família ou sobre seus bens e propriedade. Desta forma os parentes do ofendido, ou daqueles que não deram motivo a causa, ganham o direito e o dever de se vingar da família do ofensor.
- 3- Por ultimo temos o instituto, ou principio do juramento. Isto quer dizer que o sujeito recebe um

solene atestado de incapacidade de mentir. Esta solenidade era revestida de caráter respeitoso e acompanhado por parentes e amigos que não somente presenciavam tal juramento como o decorrer das ações do jurado.

## 2.2- Direito Canônico:

No sentido *strictu sensu* o direito canônico pode ser entendido como o complexo das leis estabelecidas ou aprovadas pela igreja para que se fosse governado a sociedade eclesiástica, assim como a relação dos fiéis.

O termo clássico canônico (*canon*), no século IV era designação das normas disciplinares dos sínodos, a saber, as assembleias eclesiásticas convocadas pela igreja para tratar de assuntos da diocese. Já o termo lei, (*nomos*), que tinha como significado norma ou regra era emanado dos imperadores. Na idade média, esta forma conceitual fora decididamente marcada onde o termo *canones*, era de um modo geral, as leis emanadas e proferidas pela igreja. Em contraposição, o conceito de *leges*, era designado para o direito secular. Esta lacuna entre os *canones* e *leges* no século XII se tornarão correntes opostas denominadas assim como *ius canonicum* e *ius civile* respectivamente<sup>51</sup>.

A história do direito canônico é geralmente dividida em três grandes épocas e períodos, a saber: o primeiro destes períodos é denominado antigo direito *ius antiquum* e compreende o período anterior ao Decreto (1140-1150) que fora a obra de compilação e conciliação elaborada pelo monge Graciano e que também recebeu o nome de *Concordantia discordantium canonum*. Este documento fora constituído basicamente de textos da Sagrada Escritura de atos pontifícios, cânones conciliadores, ensinamentos e textos dos padres da igreja e outros documentos que fazem referência a usos e costumes da vida religiosa e eclesiástica ou da relação entre Igreja e seus fiéis. Neste período, tal direito, apesar de exercer influência de normas jurídicas romanas não tinha ainda uma

---

<sup>51</sup> MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 47. “

enciclopédia. Esta viria, no final do século VI denominadas a *versio Hispana* e *collectio Itala*. Tais obras foram adotadas como código geral da igreja franca, juntamente com os cânones dos concílios nacionais. Nesta época, matéria relativa aos testamentos, educação, casamento, privilégios eclesiásticos e até mesmo as punições estava disciplinado pela lei canônica sujeita à jurisdição eclesiástica.

O segundo período da história do direito canônico, conhecido também como novo direito (*ius novum*), compreende o decreto de Graciano e o Concílio de Trento (1545-63). Terminado o Concílio Tridentino é iniciado o período denominado de Novíssimo direito (*ius novissimum*).

Vieram novas leis, sempre de origem Conciliar ou Pontifical. Diante desta dinâmica, veio a ser empreendida nova codificação destas leis sendo denominada de *Corpus Iuris Canonici*, que fora aprovado em 1580 pelo Papa Gregório XIII. Importante ressaltar que tal codificação sofrera inúmeras influências, senão fora totalmente baseado, no Decreto de Graciano. Esta codificação fora aprovada em 1580, porém somente em 1582 fora oficialmente editado.

A evolução histórica do Direito canônico, estudada nas Obras de Gustav Radbruch<sup>52</sup>, observamos que tanto como um sistema jurídico como

---

<sup>52</sup> **RADBRUCH**. Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 274-275. “A filosofia do direito eclesiástico é tão somente um fragmento da filosofia religiosa do direito, a indagação em torno da igreja e do direito eclesiástico é só uma questão parcial do problema religião e direito. Quando o catolicismo afirma que o direito Eclesiástico procede de Deus, então para ele, de alguma maneira, toda forma de direito provém de Deus. Quando Lutero qualifica o direito como absolutamente profano, essa caracterização há de referir-se igualmente ao direito eclesiástico: também é um direito sem Deus. E não se pode afirmar com Rudolph Sohm que o direito eclesiástico está em contradição com a essência da igreja, sem crer, com Tostói, que todo o direito está em contradição com a religião, que todo direito, enquanto direito, está contra Deus.

Para o catolicismo, seja no sentido religioso, seja no sentido jurídico, a igreja é una e a mesma, o direito eclesiástico tem exatamente a mesma significação que a doutrina eclesiástica, é a igreja jurídica repulsa igualmente em uma instituição divina. Se para Deus, que instituiu, a doutrina da igreja e o direito eclesiástico podem estar em relação de meio e fim, para os homens ambos não possuem apenas obrigatoriedade condicionada, mas também categórica. Isto significa, no entanto, que a igreja jurídica

uma fonte histórica de categorias sob a ótica de institutos ou origem romanística, começou sendo um direito da Igreja para o mundo, pois regulava matérias que no mundo atual tal direito pode ser comparado ao direito secular, pois trata de regular o que nosso direito codificado como Direito Civil, penal e outros regulam. Passado o tempo este direito que era totalmente eclesiástico foi mitigado a limitar-se um direito da Igreja para a Igreja.

Importante salientar que esta mitigação do direito canônico para o mundo<sup>53</sup>, com a formação dos sistemas nacionais nos direitos derivados do Direito Romano, influencia o mundo pós-moderno em nosso ordenamento jurídico. A influencia canônica é inegável no âmbito de certos direitos privados como casamento e divórcio, testamentos e assistência dentre outros. A igreja em certos pontos do Direito Privado foi e continua sendo a matriz inspiradora.

## 2.4- Direito Hispano-Português:

Citando algumas das fontes do direito Hispano-Português, podemos dentre elas citar a romana justiniana, os escritos germânicos e a matriz canônica. Inicialmente faremos breve relato como o direito romano entra na Península Ibérica. Ocorreu no séc. III A.C. e manteve-se em vigor

---

não é um simples meio para o fim da vida religiosa, mais um fim em si. Desse modo, a instituição divina deriva o valor próprio da igreja: o seu valor não se esgota em estar ao serviço da vida religiosa de seus membros - ela traz em si o seu próprio valor - não levando em conta todos os seus efeitos santificadores para seus membros.”

<sup>53</sup> **RADBRUCH**. Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 275-276. “A origem divina da igreja jurídica determina igualmente a sua posição em face do Estado e do direito estatal. Todo direito participa da divindade do direito eclesiástico. Ao lado do direito revelado por Deus, sobre o qual repousa a igreja jurídica, encontra-se o direito natural outorgado aos homens por Deus, cuja realização é tarefa do Estado. O direito eclesiástico e o direito estatal, na medida em que este permaneça fiel ao seu destino, fluem da mesma fonte divina e não podem, portanto, entrar em recíproca contradição. Contudo, se o direito estatal se afastasse de sua origem divina, competiria indiscutivelmente ao direito divino a primazia. Destarte, desenvolve-se com uma extraordinária perfeição um mundo jurídico unitário a começar do ponto médio dominante do direito revelado por Deus.”

até a Conquista Visigótica. Com esta conquista, veio então a introdução do direito germânico, principalmente no que se refere aos direitos oriundos do princípio da personalidade das leis. Desta feita, adicionando à Lei Bárbara dos Visigodos, que fora aquela já estudada sancionada por Eurico em 475, tem aplicação também, para a população romana, a *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alarici*, promulgada justamente no ano 506. Revogada em 654, fora substituída pelo denominado *Líber Iudiciorum*, cuja formação se deu pela junção de Lei Romana, Lei Bárbara do Visigodos, leis de diversos Reis nacionais, costumes locais e até princípios do direito canônico. O *Líber* ou *Fórum Iudiciorum* é sancionado em todo domínio visigótico, devendo ser aplicado tanto a Bárbaros como a Romanos. Sua eficácia territorial se dá até o XII Concílio de Toledo ocorrido no ano de 681, onde denominou-se Código Visigótico.

A ocupação muçulmana, a partir do séc. VIII, destrói a unidade do mundo visigótico. Com a mitigação da política e o isolamento dos povos, aplica-se novamente a lei dos costumes, que mesmo a *Líber Iudiciorum* vigorando, o que se aplica entre os povoados são normas peculiares ao direito local, composta de uso e costumes locais assim como uma leve influencia da lei germânica. Neste momento histórico eram aplicáveis aos cristãos a lei romana e aos muçulmanos leis próprias, podendo ser convertido cristãos em muçulmano a qualquer momento.

Com a reconquista e o fortalecimento do poder real, foram retomadas as tentativas de unificação das normas e criar uma legislação assim como uma administração judiciária. Foi criado então o *Fôro*, único para diversas cidades, assim como no séc. XIII, o *Fuero Juzgo* passou pelas mãos de Afonso X, o sábio, remodelando e formando o *Fuero Real* e posteriormente fora elaborada a Lei das Sete Partidas (1256-63), redigidas por um grupo de jurisconsultos e orientada de perto por Afonso X. Segundo os historiadores, tal obra significou um verdadeiro monumento ao saber jurídico.

Durante os séc. XII e XIII, houvera uma recepção do Direito Romano Justiniano e do Direito Canônico, com comentários e interpretações dos mestres da escola de Bolonha. Tal fato ocorrera primeiramente na Espanha e posteriormente em Portugal.

No início do séc. XV, orientado pelo célebre Chancelar João das Regras, João Mendes Cavaleiro e Rui Fernandes, e concluído em 1446, promulgado por Afonso V, foi formada então as Ordenações Afonsinas. Em 1505 o Rei Manuel revisa e inicia a reforma das Ordenações Afonsinas. As Ordenações Manuelitas em 1521, este o primeiro código do mundo a ser publicado pela imprensa.

Tudo isto acontece em Portugal, pois na Espanha, Felipe II, compila as Ordenações Afonsinas e intitula Ordenações Filipinas. Este código foi aprovado em 11 de janeiro de 1603. A título de observação, as fontes do Direito Brasileiro não poderia estar diferentemente que posto no Direito Peninsular.

## **CAPÍTULO 3**

### **TEORIAS JURÍDICAS – ALGUNS ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS SOBRE O CLÁSSICO DEBATE ENTRE O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO**

#### **3.1- Jusnaturalismo:**

É na verdade um enorme conjunto de diferentes teorias, assim tendo como uma lista bibliográfica considerável que versa sobre o direito natural. Outro questionamento bastante estudado versa sobre o direito natural em contraposição ao direito positivo. Discorrendo um pouco sobre esta idéia, tal diálogo pode ser analisado segundo duas premissas distintas: Pode ser iniciada tal análise, partindo do pressuposto de suas premissas no âmbito da filosofia moral e, em continuação, privilegiando a repercussão e influencia de tais premissas filosóficas sobre o conceito de Direito no mundo que este conceito também versa. Nesta vertente, trata-se de um assunto inesgotável, onde não fora parado no tempo, mas continua sendo objeto de estudo até os dias atuais com inúmeras teses, postulados e material escrito e falado sobre a temática do direito natural.

Jusnaturalismo então estende-se por uma imensa corrente de juristas-filósofos que teve e tem suas premissas embasadas em alguns princípios relacionados com a dignidade humana. A denominada Escola do Direito Natural, teve como alguns de seus ilustres, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Hugo Grócio, Rousseau e Kant. Esta escola faz parte

apenas do período racionalista, vigente entre os séculos XVI e XVIII. A doutrina desenvolvida nesta Escola, conforme estudos realizados nas obras de Cabral de Moncada, Barbas Homem, Castanheira Neves e Ruiz Monero, apresenta como premissas basilares a natureza humana como fundamento do Direito Natural, o estado de natureza como suposto racional para explicar a sociedade, o contrato social e os direitos naturais inatos.

As características fundamentais da Escola do Direito Natural, segundo estudos nos autores supracitados, foram os seguintes: método racionalista, critério no subjetivismo, conteúdo humanitário e nas exigências a anti-história como argumento. Esta escola foi bastante influenciada pela filosofia racionalista e teve como objetivo formar códigos de Direito Natural. Deu a este direito atributos eternos, imutáveis e universais, não somente em seus princípios, mas também na sua aplicação e prática. Como grande fonte do Direito, esta escola considerou a natureza humana. E como origem do Direito Natural o próprio homem, com seus atributos sociais, e racionais. Direito Natural, para alguns que estavam impregnados na Religião, sua origem se dá no divino, no sagrado, em Deus para o Homem. Esta separação coube ao Holandês Hugo Grócio, considerado o pai do direito natural por alguns. Disse Grócio que o Direito Natural existiria mesmo se Deus não existisse.

No âmbito da filosofia moral, as diferentes doutrinas do direito natural convergem na defesa da seguinte tese: há a existência de princípios de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana. Trata-se de um direito adquirido pela vivência, pela participação social, que nasce não de conhecimento científico ou filosófico, as do elementar, resultado da experiência humana<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.”Alem do conhecimento científico do Direito, que oferece a noção sistemática da ordem jurídica, e do filosófico, que vê esse ordenamento em funcao do conjunto dos interesses humanos, a fim de harmonizar a ordem jurídica com a ordem geral da vida e das coisas, há o chamado conhecimento vulgar, que é elementar, fragmentário, que resulta da experiência. Enquanto os conhecimentos científicos e filosófico do Direito se obtem pela seleção e emprego de métodos adequados de pesquisa, o vulgar é adquirido pela vivência e participação da dinâmica social. É a noção que o leigo possui, oriunda de leitura assistemática ou de simples informação”.



Tecendo breves comentários aos princípios de Justiça no mundo jusnaturalista, é possível identificar dentre muitos, três versões principais de fundamentação dos princípios de justiça no seio de direito natural: o primeiro está relacionado ao que vimos anteriormente, o princípio que postula serem tais princípios revelados ao homem pela vontade de Deus, que no caso em tela, temos por exemplo, o jusnaturalismo teológico de tradição canônica; o segundo a ser identificado no presente momento trata-se dos princípios universais decorrentes da própria natureza racional do homem, que podemos denominar como sendo um verdadeiro jusnaturalismo racionalista; e finalizando nossa trilogia, citamos a idéia um fundamento natural *stricto sensu* presente no fato do compartilhamento por todos os seres humanos de instintos comuns, mesmo levando em consideração que a experiência e vivência modificam este fundamento. O fato de termos um princípio pautado no fato de todos os homens terem instintos comuns se dá principalmente no direito a vida e a dignidade humana. Independentemente da experiência e da vivência, o instinto a vida.

Como ensina Cabral de Moncada<sup>55</sup>, o direito é na essência um sistema que principalmente garante e conserva a vida das pessoas e dos grupos. E por ultimo não somente viver, mas viver justamente, de forma digna, que restará sempre como anseio presente nos seres humanos.

Os princípios acima citados, a saber: o Direito revelado ao homem por Deus, ter o Direito um caráter universal e ter este direito uma base pautada em instintos humanos, ou experiências humanas, podem ainda ser analisados sob a ótica de pressupostos ontológicos e os pressupostos

---

<sup>55</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.p. 299.”Assim como não pode haver espírito, sem haver previamente vida e matéria, assim não faria sentido falar de valores espirituais, sem um subsolo de valores vitais sobre que os primeiros se alicercem e que os possibilite. Primum vivere, diz a sentença. Todo o direito é, como se viu, no fundo e na essência, um sistema de compromissos e equilíbrios entre uns e outros desses valores,, procurando, antes de tudo, conservar e garantir a vida tanto dos indivíduos como dos grupos. Valores vitais de ambos, da mais variada índole, desde a própria vida física do individuo ate aos interesses mais materiais de ordem econômica, do bem-estar e da felicidade terreno, embora limitados pelo já referido mínimo ético, e harmonizados segundo um sistema de preferências, conforme certos critérios do legislador e da moral positiva reinante – eis aí o fundamento dos chamados vitais. (...) A vida de que aqui falamos deve, porem, ser entendida no sentido mais amplo desta palavra. Abrange tanto a vida do indivíduo como a da sociedade, tanto a biológica como a social.”

epistemológicos por ele admitidos. É importante lembrar que o jusnaturalismo também tem no seu bojo uma constituição no pensamento jusfilosófico do objetivismo ético ou do intuicionismo racional, que são teorias abrangentes de filosofia moral difundida amplamente no conceito de Grócio. Desta forma, complementando o rigor analítico presente no jusnaturalismo, podemos adotar como um dos possíveis pressupostos lógicos e possíveis conclusões sobre as teses do intuicionismo racional ou do objetivismo ético, que tais conceitos podem ser válidos para a sua manifestação no plano jurídico, ou seja, para o jusnaturalismo.

No âmbito da reflexão jurídica, existem duas teses jusnaturalistas a serem validadas: A primeira tem haver com a Dualidade em que existem precisamente duas manifestações do Direito, a saber o positivo e o natural. Neste momento estamos dando maior ênfase ao jusnaturalismo e nos próximos capítulos ao positivismo. Além da tese Dualista, temos sem dúvida a tese da Superioridade, a saber: O direito natural se sobrepõe ao direito positivo. Esta tese é defendida por se tratar das características basilares do jusnaturalismo, principalmente no seu caráter universal. Uma norma positiva não pode ser universal por se tratar de observações sociais que são mutáveis. Já os princípios norteadores do jusnaturalismo estão diante de premissas imutáveis como já dissemos por exemplo no direito à vida justa, uma observação moral do Direito, um direito justo etc. Desta forma o direito positivo tem em seu bojo uma idéia de mutabilidade do direito.

A grande parcela dos jusnaturalistas e dos estudiosos deste ramo do direito defendem que para identificar o Direito é indispensável uso da balança dos critérios morais. Notadamente precisamos usar e ponderar se o direito é moral. Habermas<sup>56</sup> em sua obra *Direito e Moral* faz duras críticas

---

<sup>56</sup> **HABERMAS**, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. pg. 38. “Moralidade versus positividade do direito. Com a crescente mobilização do direito, acentua-se a questão sobre as condições de legitimidade da legalidade. De certo modo, o direito positivo enterra, com uma nova velocidade de alteração crescente, os seus próprios fundamentos de validade. Com cada mudança de governo, outros interesses tornam-se dominantes, os quais se impõem, por exemplo, no direito de empréstimo, família ou imposto. Com isto, comina-se, paradoxalmente, a tendência contracorrente, para recorrer ao signo de um direito moralizado de um direito “correcto” – por exemplo,

ao direito positivo quando a sua mutabilidade e adequação a políticas mutáveis e as normas mutáveis, abandonando seu critério de moral e sim um direito de utilidade. Deve neste sentido ajustar o conteúdo de direito ao conteúdo da moral, por ser esta imutável e possuir em todo seu bojo um caráter imutável e justo. Continuando nesta mesma linha de pensamento, se a norma jurídica é imoral, esta norma não é jurídica e conseqüentemente não é direito, pois não existe direito injusto sendo tal expressão contraditória. Desta forma a expressão “direito justo” é um pleonismo, pois a justiça de um enunciado normativo constitui *conditio sine qua non* para a sua qualificação como norma jurídica.

### 3.2- Juspositivismo:

O positivismo jurídico, não diferentemente do jusnaturalismo, também reúne um conjunto de obras com autores bastante heterogêneo, onde sua maior crítica se dá ao caráter metafísico da ideia de direito natural e à impossibilidade de qualquer controle intersubjetivo sobre o conteúdo de tais direitos e seus princípios. Diante de uma natureza personalíssima da intuição racional e com mecanismo de uma ordem de valores tida como auto-evidente, os críticos do jusnaturalismo ressaltaram o caráter arbitrário e puramente especulativo das proposições assentes em tais premissas metafísicas.

Desta forma o positivismo é considerado uma corrente, ou escola filosófica, fundada por Auguste Comte<sup>57</sup>, posteriormente chamada filosofia

---

à forma da desobediência civil ou às questões do aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente e, assim, por diante. Isto tem, igualmente, razões sistemáticas. Princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por esta razão, a interpretação constitucional, assume uma forma, cada vez mais, jus-filosofica. W. Naucke fala, ironicamente, de uma “administração jurídica do direito natural”

<sup>57</sup> **COMTE**, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva – Discurso Preliminar sobre o conjunto do Positivismo*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. P. 9. “O estado positivo caracteriza-se segundo Comte, pela subordinação da imaginação e da argumentação à observação. Cada proposição anunciada de maneira positiva deve corresponder a um fato, seja particular, seja universal. Isto não significa, porém, que Comte defenda um empirismo puro, ou seja, a redução de todo conhecimento à apreensão exclusiva de fatos isolados. A visão positiva dos fatos abandona a consideração das causas dos fenômenos (procedimento teológico ou metafísico) e torna-se pesquisa de suas leis,

científica, que afirma que o conhecimento somente pode ser descoberto com afirmação das teorias positivas e sendo utilizado o método científico. Esta escola considera que o espírito humano passa por três estados teóricos e distintos, a saber: o teológico, o metafísico e o positivo. Tratando diretamente do positivismo este interpreta o estado teológico como a infância da humanidade. O estado metafísico de transição, tem como característica um espírito crítico que podemos exemplificar como a adolescência da humanidade. O estado positivo, finalmente, utilizando métodos peculiares e científicos, representa a idade madura da humanidade e instala na história e na filosofia do direito um período fixo e definitivo. Esta evolução pode ser percebida e abalizada no que Comte formulou como lei dos três estados. Esta lei teve como principal objetivo e maior desafio o aniquilamento da Teologia e a destruição da Metafísica. Como resultado, passou a considerar como verdadeiro a filosofia quando e somente quando fosse aplicada aos fenômenos naturais que se encontram sob a égide das leis imutáveis. Completando este processo Comte criou a Sociologia que tratava das relações entre os homens sem qualquer influência de caráter sobrenatural.

Com a formulação dos princípios jurídicos codificados finalizada para o fenômeno que Luhmann denominou posituação do direito, reorientou o sistema jurídico com a mudança de um direito natural invariável para um direito legislado e outorgado de caráter alterável. O denominado direito velho é substituído por novas regras jurídicas contingentes legisladas para solução de novos problemas, como exemplo a atividade de rotina da vida do Estado como o próprio Luhmann denomina.

Fazendo uma separação entre a pessoa do rei (soberano) e o seu papel enquanto legislador, criando inclusive uma instituição especificada em legislar, melhorou a relação entre o legislador e o direito, proporcionado a este melhor capacidade em julgar.

---

entendidas como relações constantes entre fenômenos observados. Quando procura conhecer fenômenos psicológicos, o espírito positivo deve visar às relações imutáveis presentes neles – como quando trata de fenômenos físicos, como o movimento ou a massa; só assim conseguiria explicá-los. Segundo Comte, a procura de leis imutáveis ocorreu pela primeira vez na história quando os antigos gregos criaram a astronomia matemática. Na época moderna, o mesmo procedimento reaparece em Bacon (1561 – 1626), Galileu (1564 – 1642) e René Descartes (1596 – 1650), os fundadores da filosofia positiva para Comte”.

Esta reestruturação do sistema jurídico denominada positivação do direito, Kaufmann<sup>58</sup> relata que houve uma mudança social com um instrumento de transformação da sociedade.

Segundo Cabral de Moncada<sup>59</sup>, citando Littré, o positivismo nada mais é que uma atitude mental que visa dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a idéia de conjunto da filosofia.

Passando à tangente da crítica feroz que Moncada e os escritos de Mill, principalmente no que tange ao repúdio positivista ao metafísico e renúncia em compreender e explicar o que não fosse exclusivamente observação de fatos e suas relações de antecedência e consequência. Moncada<sup>60</sup> ferozmente chega a descrever o positivismo desta forma:

“Doutrina nova esta? Não. Doutrina velha, desde a Grécia, como mais ou menos, todas as doutrinas. Nem Conte para si reivindicava qualquer espécie de originalidade nesta sua

---

<sup>58</sup> KAUFMANN / HASSEMER, Arthur/ Winfried., *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 289. “Com a separação entre a pessoa do soberano enquanto legislador com a especificação de uma instituição legisladora tornou-se possível suavizar a vinculação do legislador ao direito à sua disposição em conceber a alteração desse direito não como uma violação do direito ou como desobediência, mas como uma resposta funcional do sistema perante novas exigências.

Com esta reestruturação do sistema jurídico, através da positivação do direito, o fundamento de validade do direito – correctu – já não é a preexistência de regras, mas a sua fixação. Deste modo, o sistema jurídico ajusta-se à mudança social e presta-se a ser – instrumento de transformações na sociedade. Um direito variante e constantemente em mudanças nas codificações deixa de estar fixado nos princípios de uma ordem estática e ganha uma – selectividade mais intensa. Regras anteriormente constante, preestabelecidas à decisão jurídica (e legitimadoras desta) tornam-se disponíveis, tornam-se objeto de legislação e decisão. Desta forma, torna-se claro que as regras valem como alternativas escolhidas são substituíveis quando surgem novas exigências.”

<sup>59</sup> MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 308. “O Positivismo pode definir-se como definiu Littré: uma atitude mental que visa a - dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a ideia de conjunto da filosofia. Essa foi com efeito, a tarefa de Conte, e outra não foi também a dos seus êmulos do outro-lado do canal.”

<sup>60</sup> MONCADA, Luis Cabral de. *Ob. Cit.*, 2006. p. 310.

primeira concepção dos limites do saber humano. Bacon, Descartes, Galileu, Hume, Locke, sentiram o mesmo, e, mais perto de nós, também não fora outra a lição fundamental de Kant.”

Traçaremos agora uma aproximação metodológica ao conceito de positivismo jurídico a partir da célebre distinção elaborada por Norberto Bobbio<sup>61</sup> e absorvida e respeitada de forma ampla pela doutrina jurídica contemporânea. Nesta aproximação, como dissemos, estudaremos o positivismo metodológico, positivismo teórico e positivismo ideológico

### 3.2.1- Positivismo Metodológico:

O positivismo jurídico usando o método tem como função o modo de abordar o direito. O direito é considerado um fato e não um valor. A teoria, se assim podemos chamar, do positivismo metodológico é senão afirmar que existe possibilidade de identificar e descrever o direito de uma sociedade sem se comprometer com o arcabouço das normas jurídicas, muito menos se deparar numa análise mais profunda do que seja valor. Há uma enorme diferenciação entre juízos de fato e de valor. Cria então a possibilidade de identificar o direito segundo critérios empíricos, objetivos, tendo apenas uma postura de neutralidade, de esvaziamento, atento somente as suas fontes. Desta forma a postura que melhor aplica o Positivismo Metodológico é observar os fatos ou atos que podem desencadear e gerar possibilidade de produzir normas jurídicas, dispensando toda e qualquer referencia de valor.

Na perspectiva dos ensinamentos de Bobbio, o direito nada mais é que um conjunto de fenômenos e fatos, que também podem estar lotado de dados sociais. Norteia Bobbio que o jurista, seja ele Legislador ou aplicador da lei, deve estudar o direito da mesma maneira que o cientista estuda e aplica a realidade natural, abstendo-se totalmente de formar juízos de valor. Diante deste argumento, totalmente contrário do posicionamento jusnaturalista, um direito ou conjunto de direitos pode ser injusto e ainda

---

<sup>61</sup> **BOBBIO**, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone. 1995.

assim ser tido como jurídico e aplicável. Não existe o conceito de não-direito defendido por Barbas Homem em sua obra *O Justo e Injusto*<sup>62</sup>. A identificação do que é direito, para o positivismo jurídico, não tem pré-julgamento da moral e não obedece a linha traçada por Habermas quando cita os ensinamentos de Max Weber<sup>63</sup>. O direito é, portanto, para o positivismo metodológico independente de seu julgamento moral.

Dentro do positivismo metodológico, que também é denominado de positivismo conceitual, sua teoria pode ser resumida nos seguintes termos: O direito, ou norma do direito ou ainda, sistema de normas de direito em nada tem haver com critérios morais e para isto não é preciso passar este direito ou sistema de normas pelo crivo da moral. Desta forma basta investigar as fontes do direito de forma isolada não sendo necessário avaliação do mérito. Também tem como característica a identificação de um direito valido numa sociedade não se reportando a forma com que este direito está sendo ou será utilizado, norma inerte. Isto implica que as normas validas podem ou não ser seguidas. Quanto a discussão travada no quesito obediência ou não as leis seria ofertada posteriormente, quando neste momento deveria ser utilizado argumentos morais, jurídicos ou pragmatismo que cooperariam com razões opostas e defendidas nos argumentos jurídicos.

Existe neste dialogo uma separação conceitual entre direito e moral e validade jurídica de uma norma que independe de seu acordo com a moralidade. Porém a validade moral de uma lei não representa uma validade jurídica.

Em tese, o positivismo metodológico, nos cabe informar: é importante ressaltar que confere unidade aos diferentes posicionamentos positivistas e portanto é necessária para a definição do conceito de positivismo jurídico que, em sua essência postula uma abordagem que objetiva identificar o que é válido como direito em uma determinada sociedade.

---

<sup>62</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 17.

<sup>63</sup> **HABERMAS**, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 39.

Finalizando, podemos entender que o positivismo metodológico tem em seu bojo ao menos uma pressuposição: a aceitação da enorme divisão teórico-filosófica entre ser e dever. Dentro de sua formulação lingüística, podemos citar como exemplo o fato de haver uma distinção entre descrever, por um lado, e avaliar/ prescrever, por outro.

### 3.2.2- Positivismo Teórico

O positivismo teórico, ou conceitual, refere-se a uma concepção sobre a composição e a estrutura do ordenamento jurídico. De acordo com esse conceito elaborado por Norberto Bobbio<sup>64</sup>, as noções de valor e validade são totalmente distintas, esteja essa no quesito de validação ou no domínio da avaliação. Esta é a marca principal do caráter diferencial do positivismo teórico do ideológico. Bobbio ressalta cinco temas ventilados pelo positivismo teórico, a saber: problemas referentes a definição do direito, à teoria da norma jurídica, à questão da interpretação jurídica, às fontes do direito e à teoria do ordenamento jurídico.

Diante dos temas abordados acima, a lei jurídica não seria determinada por critério algum de justiça ou valor de justiça, assim como independente do conceito de moral. Esta forma de relacionar o direito com a justiça, que na verdade é uma forma de não relacionar, é muito aceita pelos doutrinadores e teóricos da linha positivista teórica. O modelo conceitual impede também que determinado assunto no campo decisório deixe de ser decidido por juízes seguindo uma avaliação moral. Os juízes não estariam obrigados a terem que seguir qualquer critério moral. Conforme a definição de direito elaborada por Hebert Hart<sup>65</sup> este é um sistema de regras que pode ser identificado mediante um fato social. John Austin define o direito como um conjunto de ordens de um soberano respaldadas por sanções. Hans Kelsen<sup>66</sup> traz uma definição um pouco mais elaborada e trata o sistema jurídico como uma ordem normativa coativa, e

---

<sup>64</sup> **BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

<sup>65</sup> **HART**, Hebert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian. 1986.

<sup>66</sup> **KELSEN**, Hans.. *Teoria Pura do Direito*. tradução de Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2008. p. 394.



sua validade paira sobre uma norma fundamental logicamente pressuposta que é condição de constituir a unidade do ordenamento jurídico. Diante de tais definições é verificado que o fenômeno jurídico é composto de atributos empíricos como a eficácia social e uma autoridade competente de produzi-lo a partir de método empírico dos fenômenos sociais.

Sendo assim o positivismo jurídico teórico ou conceitual pode ser identificado, por ser uma teoria que define o conceito de direito partindo da premissa que um sistema normativo só poderá ser qualificado jurídico mediante suas fontes; critério de validação formal. Mas não mediante seu valor ou mérito. Seria esta a expressão mais autêntica do modelo positivista, pois não trata a validade da norma mensurada por seu valor.

Por este motivo surge a crítica por não ser apto a uma tomada de decisão e deixar indeterminado o critério de justiça, resultado de uma filosofia do direito incompleta, conforme posicionamento de Struchiner<sup>67</sup>.

Consoante às lições de Bobbio<sup>68</sup>, que trata a lei positiva e a ação que lhe corresponde como justas, o sistema jurídico sob a ótica do positivismo teórico, possui algumas propriedades tradicionalmente enumeradas pela doutrina, a saber: é fechado posto que na visão de Bobbio acampa todo o direito; é completo, pois não existem lacunas no sistema de normas; é consistente por não haver contradição ou antinomias; seus

---

<sup>67</sup> STRUCHINER, Noel. *Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. Positivismo*. In **MAIA**, Antônio Cavalcante ET AL (orgs.) *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2005. p. 412. “A tese do positivismo jurídico (teórico) é exclusivamente uma tese sobre a validade do direito e é compatível com muitas outras teses acerca da natureza do direito. Após a identificação de uma norma válida, ainda permanecem questões importantes acerca do significado dessa norma, se ela deve ser obedecida pelos sujeitos jurídicos e aplicada pelos juízes, se ela ajuda a realizar os propósitos do direito e se é justa, apenas para citar algumas das indagações que devem ser tratadas... Além de identificar-las, é necessário avaliá-las para decidir se devem ser aplicadas e seguidas para construir uma teoria de dar conta da natureza do direito de uma maneira integral, não basta dizer que o direito é constituído por um conjunto de normas válidas.”

<sup>68</sup> **BOBBIO**, Norberto. *El problema Del positivismo jurídico*. México: BEFDP. Sem Data. P. 16. “ a lei positiva e a ação que lhe corresponde são justas porque são conformes às Leis naturais”.

enunciados são precisos não necessitando de interpretação. Continua sua lição declarando ser o positivismo teórico consubstanciado por uma visão formalista do direito e contingente se nos reportarmos ao positivismo do século XIX.

Noel Struchiner<sup>69</sup> faz duras críticas a este modelo teórico de positivismo e o trata de “caricatura” do positivismo jurídico. Em sua obra, *Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. Positivismo* relata:

“Os principais positivistas contemporâneos, como Hart, Carrió, Raz, Auchourron e Bulygin, se destacam justamente por explicitarem as insuficiências do sistema jurídico (mostrando a existência indelével de imprecisões lingüísticas e antinomias no direito) e a necessidade de se recorrer, em certos casos, a critérios que estão fora do direito (critérios que não contam como direito válido) para justificar uma decisão jurídica.”

Como estudado, a teoria positivista, a legalidade ou a validade formal não serve de critério para distinguir atos justos e injustos. Serve apenas para distinguir atos jurídicos e não jurídicos. O princípio da distinção entre validade e justiça é uma das concepções desta teoria abolindo o princípio da redução da validade à justiça, abrindo no mundo jurídico a possibilidade de uma ação ser legal e injusta. O fundamento teórico-positivista trata a validade de uma lei segundo a sua vigência, deixando de lado preceitos como valor, moral e justiça.

A experiência nacional-socialista alemã reportada por Laporta<sup>70</sup>, retrata um exemplo claro da postura positivista e sua aplicabilidade.

“Nos primeiros anos do pós-guerra se submeteram à

---

<sup>69</sup> **STRUCHINER**, Noel. *Obra. Cit.* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2005. p. 399-415.

<sup>70</sup> **LAPORTA**, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México, BEFDP, 1995. pp.27-28.

jurisdição tanto de tribunais alemães como de tribunais internacionais alguns casos ocorridos durante a era nazista nos quais se punha de manifesto que cidadãos que haviam cumprido com escrupuloso respeito a letra da lei nazista haviam desencadeado com isso consequências reais moralmente abomináveis. O caso mais discutido foi o daqueles cidadãos que haviam recorrido à obrigação jurídica de denunciar atividades contrárias ao Reich para desembaraçarem-se de forma limpa (quer dizer, jurídica) de seus inimigos ou de alguns parentes incômodos. O caso de uma mulher que tratou de ‘assassinar’ legalmente o seu marido cumprindo a sua obrigação jurídica de delação foi particularmente repulsivo. Se os juízes sentenciavam de acordo com o direito participavam da imoralidade, se o faziam seguindo preceitos morais estranhos às leis traíam os supostos básicos de sua própria condição de juízes.”

### 3.2.3- Positivismo Ideológico

Entende-se por positivismo ideológico, uma tese do direito positivo que nos ensina que o conteúdo das leis tem validade ou força moral obrigatória. Com isto, a sociedade tem nas normas jurídicas a obrigação moral de obedecer ao direito positivo, não questionando seu conteúdo. Os ideólogos positivistas criaram o conceito de validade e justiça pautado no princípio de que o direito é válido se é direito posto e conseqüentemente justo independente de seu conteúdo.

Nos ensinamentos de Sgarbi<sup>71</sup> por exemplo, o conceito de direito está intimamente ligado a coatividade, imperatividade, a supremacia da lei sobre outras fontes do direito e uma idéia de plenitude.

O juspositivismo ideológico está impregnado e preocupado em

---

<sup>71</sup> **SGARBI**, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 715. “expressa um conjunto de formulações sobre a ‘a natureza do direito’”

emitir um juízo de valor sobre uma obrigação moral<sup>72</sup> de se obedecer o direito. A idéia central desta teoria é que toda sociedade deve de forma obrigatoriamente forçada cumprir e obedecer o direito, pois isto é o exercício de justiça e moral. Desta feita, pretende elaborar uma teoria que versa sobre a total e incondicional obediência ao direito. Ao proferir um juízo de valor o positivista ideológico entra em contradição com as teses do positivismo metodológico, que como fora estudado acima, defende uma norma rígida, fechada, completa, sem lacunas ou contradições não mensurando juízos de fato ou de valor.

Conforme a tese do positivismo metodológico, as questões referente à prática, aquilo que devemos fazer ou como devemos fazer, está diretamente relacionada ao campo subjetivo ou irracional. Nesta teoria é impossível traçar uma legitimação racional para guiar os atos de uma sociedade, obediente a uma norma jurídica válida. Tal discussão filosófica adentra aos questionamentos de possibilidades e melhores meios para se atingirem determinados fins. Os fins são para os ideólogos positivistas uma argumentação irracional. De acordo com o entendimento positivista, questões práticas pertencem ao mundo da ideologia ou da política do direito.

Para o positivismo ideológico, o direito tão somente pelo fato de ser positivado e ser outorgado é justo. Sendo plenamente justa a aplicação deste direito. Cabe ao Juiz então, de forma mais moralmente possível, isto é, neutra e obediente a lei, decidir segundo o direito vigente, pois desta forma a justiça está sendo devidamente praticada.

Em síntese, a tese do positivismo ideológico não corrobora para uma definição do conceito de positivismo jurídico, muito ao contrário disto, tal posicionamento entra em afronta ao positivismo metodológico, principalmente quando analisamos e estudamos as correntes contemporâneas do Juspositivismo.

---

<sup>72</sup> **SGARBI**, Adrian. Ob. Cit. . Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 746. “Uma coisa é ‘separar’ direito e moral, outra é ‘distinguir’ o direito da moral. Porque ‘distinguir’ expressa haver possibilidade de identificá-los, ainda que estejam de certa forma unidos.”

Finalizando nosso estudo sobre o Positivismo, dentro de tantas possibilidades de se positivar uma norma e torná-la válida acima de conceitos éticos, conceitos de justiça e moral, parece prudente oxigenar nossa mente com um tipo de questionamento, no qual Dworkin propõe uma resposta a pergunta sobre o que é o Direito e como o mesmo deva ser praticado. Disse assim Ronald Dworkin<sup>73</sup> em sua obra *O Império do Direito*:

"O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter."

---

<sup>73</sup> **DWORKIN**, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 492

## **CAPÍTULO 4**

### **ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO DISCURSO PARA CONVENCER, ARGUMENTAÇÃO ENQUANTO MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, A FUNÇÃO DE JULGAR, A LEGITIMAÇÃO TEORÉTICO-DISCURSIVA DA FUNÇÃO JUDICIAL**

#### **4.1- ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

O professor Antônio Suarez<sup>74</sup> Abreu em sua obra *A arte de Argumentar Gerenciando Razão e Emoção*, destaca relevantes teorias no sentido que argumentar é uma enorme arte de convencer e persuadir o auditório. Este é na concepção de Suarez “O auditório é o conjunto de pessoas que queremos convencer e persuadir”. Este auditório depende muito das proporções, pois pode ser um juiz, uma platéia, uma nação e até todo o mundo. Não perdendo de vista a dimensão teórica e prática da aplicação de convencer e persuadir, na visão aristotélica, como ato de justiça.

Continua Suarez sua afirmação que seja no âmbito familiar, no trabalho, esporte ou na política, “saber argumentar é, em primeiro lugar, saber integrar-se ao universo do outro”. Contudo, em se tratando da argumentação jurídica, o objetivo é o de exercer justiça e como veremos nos próximos capítulos, até positivizar direitos.

---

<sup>74</sup> **ABREU**, Antônio Suares, *A Arte de Argumentar: Gerenciando Razão e Emoção*, Cotia, Ateliê Editorial, 2001. p. 25.

Finaliza Suarez<sup>75</sup> sua exposição de motivos relativos a argumentação reiterando que sua obra visa argumentar para convencer os leitores e estudiosos da matéria que não basta ser inteligente, ter boa formação acadêmica, falar e escrever várias línguas e ter um bom emprego para ser bem-sucedido. O objetivo maior do viver em sociedade e ter sucesso tanto na vida pessoal como na profissional depende muito da habilidade da pessoa se relacionar com seu auditório, da capacidade de compreender, selecionar argumentos válidos para a comunicação com vista a uma boa argumentação persuasiva.

Com objetivos determinados, a teoria da argumentação jurídica está intimamente relacionada com a teoria do discurso e muito mais ainda a retórica aristotélica da antiguidade, dentre outras teorias. Esta teoria tem como alguns de seus objetivos questionar e demonstrar as inúmeras possibilidades e validades de uma fundamentação racional do discurso jurídico, formulando regras e formas que mudam de acordo com alguns teóricos, porém sua finalidade, como o nome nos traz, jurídica, está intimamente ligada aos atos de justiça.

Para nos situar, a Teoria da argumentação jurídica nasce no contexto da Filosofia do séc. XX, mas precisamente a partir da década de 50. Vários autores da Filosofia do Direito trataram de postular sobre o assunto, dentre eles: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Toulmin, Viehweg, Perelman, Apel e Habermas.

---

<sup>75</sup> **ABREU**, Antônio Suares, op. cit. p.9. “Argumentar é a arte de convencer e persuadir. Convencer é saber gerenciar informação, é falar à razão do outro, demonstrando, provando. Etimologicamente, significa vencer junto com o outro (com + vencer) e não contra o outro. Persuadir é saber gerenciar relação, é falar à emoção do outro. A origem dessa palavra está ligada à preposição per, “por meio de” e a Suada, deusa romana da persuasão. Significava “fazer algo por meio do auxílio divino”. Mas em que convencer se diferencia de persuadir? Convencer é construir algo no campo das idéias. Quando convencemos alguém, esse alguém passa a pensar como nós. Persuadir é construir no terreno das emoções, é sensibilizar o outro para agir. Quando persuadimos alguém, esse alguém realiza algo que desejamos que ele realize. Muitas vezes, conseguimos convencer as pessoas, mas não conseguimos persuadi-las. Podemos convencer um filho de que o estudo é importante e, apesar disso, ele continuar negligenciando suas tarefas escolares. Podemos convencer um fumante de que o cigarro faz mal à saúde, e, apesar disso, ele continuar fumando”.

Destaque dentre estes autores a figura do jurista alemão Robert Alexy que em 1978 elaborou uma teoria da argumentação jurídica, teoria esta que foi base e esteio para edição de várias obras sobre o assunto, tanto na Europa, EUA e América Latina.

Desta forma tem como objetivo claro do estudo da Teoria da Argumentação Jurídica a busca pelo convencimento do auditório (Tribunal, Júri ou Juiz), e sua persuasão com argumentos plausíveis, verossímeis e prováveis. Deve a argumentação jurídica oferecer orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito

#### **4.1.1- Contribuição teórica de Robert Alexy**

A teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy engloba um conjunto de vertentes que versa desde a legitimação de um sistema de direitos humanos e fundamentais embasado na ética e na moral até uma teoria da argumentação prática geral que posteriormente é projetado no campo do direito.

Para Alexy, a tese central da teoria da argumentação, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica como um caso prático do discurso da moral.

Alexy<sup>76</sup> não pretende de forma simplista elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica, isto é, que se distinga os bons e os maus argumentos, mas sim uma teoria que seja, sobretudo analítica, que estude profundamente as estruturas dos argumentos e também descritiva

---

<sup>76</sup> **ATIENZA**, Manuel, *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, tradução, São Paulo, Landy, 2000. p. 160. “ A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas: diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação de Perelman. Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.



incorporando elementos empíricos.

Temos também a teoria discursiva da justiça editada por Robert Alexy, e suas questões sobre a legitimação moral do direito, que representa um assunto de muita importância para a compreensão teórica e prática do não positivismo jurídico defendido pelo autor. Neste trato vemos a necessidade do Estado Juiz aplicar normas não convencionadas ou mesmo editadas para a formulação de sentenças ou de jurisprudências formando assim uma oportunidade de estudo onde versamos da necessidade de uma aplicabilidade moral e ética neste vazio positivista legislativo<sup>77</sup>.

Neste momento então se faz necessário algumas considerações à sistematização teórica das características fundamentais da ética do discurso, exercício este que esclarecerá as relações entre o conceito não positivista de direito formulado pelo autor e o âmbito da moral. Tal ponderação é de suma importância para compreendermos que moral é pressuposta pelo autor quando discorre sobre diferentes modalidades, assim como a natureza-necessária ou contingente do relacionamento entre o direito e a moralidade.

Com os pertinentes comentários de <sup>78</sup>Adela Cortina em sua obra *Ética da discussão e fundamentação última da razão*, apresentaremos as seguintes características fundamentais que distinguem a ética do discurso de outras abordagens contemporâneas sobre a ética no campo da filosofia política e moral.

Como premissa básica, a ética do discurso é uma ética modesta, restrita ou minimalista. Esta ética não pretende abordar todas as questões práticas do discurso, mas somente a dimensão das normas morais, que para o autor são universalizável. Desta forma deixa de fora as questões ético-existenciais e ético-políticas que norteiam valores e dá autoridade aos

---

<sup>77</sup> Argumentos retirados da leitura do excelente artigo de: **CORTINA**, Adela. “*Ética da discussão e fundamentação última da razão*”. In: **RENAUT**, Alain. *Historia da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945)*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

<sup>78</sup> **CORTINA**, Adela. Op.cit. p. 160.

indivíduos de terem uma sociedade estável, pacífica e o povo de viver dignamente.

A teoria do discurso é, portanto uma proposta teórica que se especializa em legitimar os direitos não positivados pautado em princípios, que por sua vez compartilham com as normas morais, a sua pretensão de universalidade. Temos como exemplo todo o artigo 5 da nossa Constituição Federal, onde reza direitos e garantias fundamentais.

Conclui-se tratar de direitos subjetivos abertos e de princípios, portanto não é norma de aplicabilidade fechada e restrita. A todo momento estes direitos precisam ser repensados, oxigenados e aplicados ao caso concreto. O exemplo mais atual que podemos citar é o que define o direito a vida. Tanto em primeira instância como no Supremo Tribunal Federal têm-se longas celeumas sobre este direito, que acima de tudo é de caráter ético, moral e humanitário. Em suas decisões e interpretações têm-se verdadeiros conflitos normativos e jurisprudenciais, onde muitas vezes o caráter constitucional é abandonado e dado margem a uma interpretação de cunho jusnaturalista ou pautado na argumentação jurídica. Na feitura de uma sentença ou acórdão, é de suma importância a prevalência da ética e da moral em tais decisões, pois se trata de normas que forma sobre tudo o Estado Democrático de Direito.

Portanto temos os direitos fundamentais como o principal parâmetro normativo para aferição da justiça dos ordenamentos jurídicos no mundo contemporâneo e na aplicação de um direito e uma justiça, onde exista uma lacuna normativa.<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> **SILVA**, Alexandre Garrido da. *Teoria do Discurso e legitimação moral do direito*. Rio De Janeiro, UERJ. 2006. P. 68 .“ E finalizando, a ética discursiva é também uma ética com forte conotação democrática. A partir das exigências ideais da teoria do discurso, a democracia deixa de ser apenas um método, uma forma ou um procedimento instrumental para a formação e tomada de decisões políticas e passa a encontrar o seu próprio fundamento normativo no ideal de uma “comunidade ideal de comunicação” pressuposto de validade da *práxis* da argumentação. Vimos então que a teoria do discurso é uma teoria procedimental acerca da correção das normas, ou senão da validação das normas na atmosfera da ética e da moral. Segundo esta teoria uma norma é correta se, e somente se, pode ser um resultado de um determinado procedimento exigente representado pelo prático racional. Um discurso é prático e racional quando são cumpridas as condições de argumentação prática racional”.

#### 4.1.2- Contribuição de Chaïm Perelman

A Teoria da argumentação jurídica em detrimento ao direito e a justiça, está intimamente ligada a teoria do discurso, e como veremos nas lições de Perelman<sup>80</sup>, a retórica antiga também. Aristóteles já afirmava que na retórica eram compreendidas questões humanas que nas ciências exatas se tornam impossíveis. Seu uso no mundo jurídico foi sempre motivado à prática da virtude, da obediência às leis e a uma decisão justa.

A retórica na antiguidade era não somente entendida como a arte de falar em público, mas acima de tudo a arte de persuadir e alcançar adesão da tese exposta e defendida. Desta forma o objetivo da oratória é igual a qualquer argumentação. Contudo na argumentação jurídica os pressupostos vão muito além.

A retórica, afirmava Aristóteles, sua meta era a compreensão das questões humanas, onde impossível seria obter uma verdade absoluta ou cientificamente comprovada. As questões da matemática estariam em outro plano, mesmo porque sabemos que Aristóteles não possuía muito saber sobre o assunto.

Nos estudos da Argumentação Jurídica, não terá limitação a arte de falar em público, que segundo Perelman (p. 6.): "... deixaremos de lado a mnemotécnica e o estudo da elocução ou da ação oratória. Tais problemas são da competência dos conservatórios e das escolas de argumentação dramática; dispensamo-nos de seu exame".

A Teoria da Argumentação apresentada por Perelman, fica caracterizada como uma ponte entre a Lógica e as Ciências Humanas, e recebe denominação de nova, mesmo possuindo matizes aristotélicas.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> **PERELMAN**, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2005. P. 6 e ss.

<sup>81</sup> **MONTEIRO**, Cláudia Servilha, *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. (p. 4 e SS.) "A partir da constatação de que a

Muito mais que pura lógica, Perelman faz uma verdadeira comparação de validade entre a lógica formal e a lógica moderna. Expõe o Autor que para expor de forma positiva os problemas inerentes ao estudo da argumentação, nada melhor que contrapô-la ao método de lógica formal, onde se limita ao exame dos meios de provas demonstrados. Já na lógica moderna, existe uma reflexão sobre o raciocínio matemático e o lógico é “livre para elaborar como lhe aprouver a linguagem artificial do sistema que constrói, para determinar os signos e combinações de signos que poderão ser utilizados”. (Perelman p. 15)

Continua o Autor nos seus ensinamentos que não basta somente falar e escrever, tem que ser ouvido e ser lido. É preciso que a palavra escrita ou falada tenha receptores onde a proposta da argumentação seja aceita, acatada, modificada ou mesmo negada. Mas precisa ter ecos para quem argumenta. Nesta linha Perelman vai falar sobre o orador e o seu auditório.

No caso do orador, este necessita que os seus destinatários lhes prestem atenção. De nada adianta escrever algo que ninguém lerá ou falar algo que não podem ouvir. Neste caso o autor apresenta até o papel da propaganda como alma do negócio e que independente da área: jurídica, científica, política, ou tantas outras, o que importa é saber fazer com que os ouvintes lhes prestem atenção.

Para Perelman<sup>82</sup>, está claro que o objetivo de toda argumentação

---

tradição filosófica moderna não proporciona o controle racional sobre as contingências e as incoerências do cotidiano, Perelman tenta inserir na lógica o aspecto social e histórico do pensamento. A teoria da argumentação, apresentada como ponte entre a lógica e as ciências humanas, oferece para a filosofia prática um método mais bem adequado para o tratamento do real, do mundo dos valores, até então relegado ao plano irracional.

Esse método capaz de operar com a razão prática é a nova retórica de Perelman. A originalidade dele reside, antes de tudo, na reabilitação da retórica aristotélica, o seja, as bases de sua teoria da argumentação encontram-se nos clássicos”.

<sup>82</sup> **PERELMAN**, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. Op. cit.. P. 50. “ O objetivo de toda argumentação, como dissemos, é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno”.

é criar nos ouvintes uma disposição para a ação, uma mudança, uma tomada de posição, ou até uma inércia. Uma adesão ao que fora exposto e que esta exposição produza uma ação positiva ou uma abstenção.

A argumentação jurídica para (Perelman p. 581) então é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não seja coercivo nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana que é condição “*sine qua non*” para o exercício de uma escolha racional e que perfeitamente se encaixa no modelo aristotélico do homem obedecer a lei praticando rotineiramente atos justos, assim como a virtude.

#### **4.2- Argumentação enquanto discurso para convencer**

A argumentação jurídica é justamente a busca de argumentos plausíveis, subjetivos e objetivos que visa convencer ou persuadir o auditório, que no caso em tela nos interessa o resultado positivo na sentença prolatada pelo Estado-juiz e a pratica de atos de justiça pelos formadores da sociedade.

Desta forma, preleciona Perelman, que o orador pode e deve influenciar a decisão da lide, com uma sentença favorável ao seu postulante, quando o causídico busca de forma compenetrada os melhores argumentos e os entrega de forma clara e precisa ao auditório (que para ele é universal), convencendo o juiz que o seu ponto de vista é o justo e que por isso merece ser acolhido.

Partindo desta premissa é de toda importância o estudo da presente matéria para se obter uma sentença favorável justa, pois somente as provas produzidas no processo não podem convencer o juiz. É necessário argumento que justifiquem tais provas, dando as provas uma imanência e veracidade. O livre convencimento do magistrado pode muito bem descartar algumas provas e acatar outras por uma realização apurada da teoria da argumentação jurídica. Diante desta premissa é que se legitima direito e se pratica justiça.

Esta teoria tem preceitos e regras, que diferem de autores, mas que devem antes de serem usadas refletidas as suas máximas e suas falácias, com objetivo de ter uma argumentação justificada, precisa e convincente, capaz muitas vezes de mudar uma sentença ou como acontece inúmeras vezes nos tribunais e cortes do Estado Brasileiro, o pedido de “vistas ao processo” por algum de seus julgadores para que este possa se deter ao estudo mais aprofundado sobre o tema para depois proferir seu voto.

Cláudia Servilha Monteiro<sup>83</sup> leciona que a “argumentação e a decisão são considerados como elementos essenciais da produção judicial do direito, tanto assim que, como se pode constatar, a todo ato deliberativo precede uma argumentação e, além disso, toda decisão deve ser obrigatoriamente fundamentada na experiência ocidental contemporânea do Direito”.

#### 4.2.1- Conceitos diversos sobre teoria da argumentação jurídica

O conceito de argumentação jurídica para Perelman<sup>84</sup> é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não seja coercivo nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana que é condição “*sine qua non*” para o exercício de uma escolha racional. Escolha esta no convencimento do juiz na prolação da sentença justa.

Para Alexy<sup>85</sup>, a tese central da teoria da argumentação, consiste

---

<sup>83</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha, op. cit. p. 73.

<sup>84</sup> PERELMAN, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. op. cit. p. 581. “Apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coerciva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional”.

<sup>85</sup> ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 160. “A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas: diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação de Perelman. Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy significa, por um lado,

em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica como um caso prático do discurso da moral. Para isso usa o autor fontes variadas como diversas teorias da ética analítica, da teoria do discurso de Habermas, da teoria da deliberação prática de Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman. Contudo a que mais influenciou o autor foi a teoria do discurso prático habermasiana.

Habermas faz uma ligeira distinção entre discurso, onde o orador precisa oferecer razões para fundamentar suas asserções, que podem ser verdadeiras num discurso teórico, ou que uma ação ou norma de ação seja correta, o que chama de discurso prático. Na argumentação Habermas não encara que seja somente um encadeamento de proposições. Muito mais que isso, seja uma interação com o auditório realizando verdadeira comunicação<sup>86</sup>.

Para a teoria da argumentação de Toulmin<sup>87</sup>, o que verdadeiramente importa é a busca de um bom argumento. Ele conceitua argumentar como buscar um argumento válido, estudar suas estruturas e saber o que compõem estes argumentos.

MacCormick<sup>88</sup> propõe argumentação jurídica harmônica, “no meio do caminho”. Tenta fazer uma ponte entre a razão prática Kantiana com o ceticismo humeano. A finalidade de sua argumentação é a persuasão e isso acontece com argumentos justificados. MacCormick parte da premissa que alguns casos são decididos juridicamente por decisões de caráter estritamente dedutivo do juiz. Desta forma estabelece pontes como exemplo da teoria ultraracionalista do Direito como a de Dworkin com uma irracionalista como a de Ross. Acrescenta que a função de argumentação jurídica é essencialmente a de justificação e decisiva na aplicação do direito e provimento da justiça.

---

uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.

<sup>86</sup> Ibidem. p. 162.

<sup>87</sup> Ibidem. p. 94 e ss.

<sup>88</sup> Ibidem. p. 119 e SS.

#### 4.2.2- Importância da teoria da argumentação jurídica

Segundo Manuel Atienza<sup>89</sup>, a teoria da argumentação jurídica deve cumprir basicamente três funções de suma importância: A primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, isto é: deve ser mensurado até que ponto a teoria da argumentação jurídica está contribuindo para o desenvolvimento de disciplinas jurídicas, como de estabelecer decisões justas, produzir, interpretar e aplicar o direito. De fazer justiça.

A segunda função está ligada a natureza prática ou técnica da argumentação, isto é: por esta função entende o autor: deve a argumentação oferecer orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito. E não somente isso, mas como função prática deve a argumentação jurídica ajudar a criação de sistemas jurídicos hábeis e justos. Neste mesmo diapasão, deve a teoria da argumentação jurídica ter como prática, atuar na área do ensino, proporcionando ao estudante do direito “aprender a pensar ou raciocinar como jurista, não se limitando a conhecer os conteúdos do Direito positivo”.

Finalmente como última função de importância ensinada por Atienza pode ser qualificada como política ou moral, isto é: identificar qual posicionamento político influencia a argumentação, a interpretação e sua aplicação. O autor está interessado em identificar qual é o modelo que motivou a elaboração de tal argumentação. Como exemplo Dworkin tem posicionamento extremamente positivista nas suas argumentações.

#### 4.3- Argumentação enquanto motivação da decisão judicial

O Professor Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>90</sup>, em sua obra, nos

---

<sup>89</sup>Ibidem. p. 225 e ss.

<sup>90</sup> **MENDONÇA**, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. “na motivação da sentença, o juiz não recorre apenas a fundamentos legais, sendo freqüente o recurso a razões de fato. Disso decorre a importância no processo dos elementos de prova e do contraditório, pois as teses formuladas pelos litigantes (pelos seus advogados) e os dados materiais por eles ofertados são exatamente a fonte, a partir da qual o juiz construirá a sua própria opinião



desperta para uma nova perspectiva objetivando a análise interpretativa do Poder Judiciário em relação à normatividade positivista. Sabemos que a função essencial do magistrado não é unicamente e exclusivamente de dizer a lei e aplicá-la de forma simplista ao caso concreto. Antes o juiz justo deve oxigenar e interpretar constantemente as leis, com base nas leis positivadas, no direito comparado e nos desejos da coletividade, devendo sempre se pautar na moralidade e na ética dando por final um julgamento justo e uma sentença devidamente fundamentada.

Paulo Roberto tem por base sua teoria em conformidade com o embasamento da “Teoria da Argumentação de Perelman”. Esta teoria acredita que o processo de decisão dos tribunais, tanto de primeira instância quanto nos tribunais superiores, não atribui fundamentação apenas o direito positivado pelo Estado, mas sim uma mistura de silogismo nas premissas de onde advêm uma conclusão, que pode ser uma decisão totalmente diferente da decisão anterior ou até mesmo o juiz não tomando decisão alguma sobre o mesmo fato<sup>91</sup>.

#### **4.3.1- Argumentos baseados na estrutura do real**

Antônio Suarez Abreu<sup>92</sup> trata em sua obra dos principais argumentos baseados na estrutura do real que são segundo ele: argumento pragmático, argumento do desperdício, argumentação pelo exemplo, pelo modelo ou antimodelo e pela analogia. Perelman<sup>93</sup> trata destes argumentos

---

a respeito da controvérsia”.

<sup>91</sup> **ATIENZA**, Manuel, op. cit. p. 75. “ Enquanto no silogismo a passagem das premissas para a conclusão é necessária, não ocorre o mesmo quando se trata de passar de um argumento para uma decisão. Essa passagem não pode ser de modo algum necessária, pois, se fosse, não nos encontraríamos, em absoluto, diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade de decidir de outra maneira ou de não tomaz nenhuma decisão”

<sup>92</sup> **ABREU**, Antônio Suares, op. cit. p. 26.

<sup>93</sup> **PERELMAN**, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. op. cit. p. 211 e ss. “ p. 298. Examinaremos, para começar, os argumentos que se aplicam a ligação de sucessão, que unem um fenômeno a suas conseqüências ou a suas causas, assim como os argumentos que se aplicam a ligações de coexistência, que unem uma pessoa a seus atos, um grupo aos indivíduos que dele fazem parte, e em geral, uma essência a suas manifestações”.

de forma muito extensa e pontual no que denomina “As técnicas Argumentativas”. Dentro do capítulo II, trata Perelman dos argumentos baseados na estrutura do real de outros argumentos que não somente os cinco nominados por Suarez. Por questão didática para o presente relatório, adotaremos o método de Suarez por ser menos extenso e mais objetivo.

Argumentos baseados na estrutura do real são, portanto argumentos que utilizam da metáfora, do exemplo, da analogia e do modelo, objetivando chegar a determinado valor conclusivo, com finalidade de convencer o juiz ou juri de forma clara e bem estruturada. Desta forma, estes argumentos fazem uma ligação forte com o desencadeamento natural do pensamento argumentativo, trazendo uma visão coerente da realidade para convencimento e êxito na argumentação de convencimento do juiz. Os argumentos baseados na estrutura do real possuem estruturas ligadas a sucessão natural dos fatos, ligações de natural coexistência e ligações que fundamentam a estrutura do real.

#### **4.3.1.1- Argumento pragmático**

O argumento pragmático fundamenta-se na relação de dois acontecimentos sucessivos por meio de um vínculo causal. Que na visão de Perelman<sup>94</sup>, denomina-se pragmático o argumento “que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis.” O argumento pragmático é antes de tudo associativo. Por meio da argumentação, é feita uma ponte ou associação entre uma palavra e um objeto por exemplo. Na vertente jurídica, inúmeras palavras são de fácil percepção e associação aos fatos objetivos. Exemplo: matar alguém. O Fato objetivo de matar alguém é facilmente associado à palavra crime.

#### **4.3.1.2- Argumento Do Desperdício**

Esse argumento tem como premissa dizer que, uma vez iniciado o trabalho, é preciso ir até o fim para não perder o tempo, o sacrifício, a renúncia empreitada e o investimento tanto de vida quanto financeiro.

---

<sup>94</sup> Ibidem. p. 302

Perelman<sup>95</sup> utiliza como exemplo a figura de Bossuet, grande orador sacro, bispo da cidade francesa de Meaux, que utilizava este argumento, ao dizer que os pecadores que não se arrependem, estavam desperdiçando o sacrifício feito pelo Cristo que, afinal, morreu para nos salvar.

#### **4.3.1.3 - Argumentação Pelo Exemplo**

A argumentação pelo exemplo ocorre quando utilizamos a imitação das ações de outras pessoas como forma de convencer e demonstrar que se pode fazer o mesmo. Estes exemplos devem ser pesquisados de forma precisa, pois precisam de exemplos que sejam significativos para nosso auditório, no conceito perelmaniano.

#### **4.3.1.4 - Argumentação pelo modelo ou antimodelo**

A argumentação pelo modelo, segundo Perelman<sup>96</sup> trata de uma referencia a conduta positiva de uma pessoa ou grupo de pessoas. Importante se faz escolher este modelo, pois é necessário que esta pessoa ou grupo de pessoas tenha prestígio no auditório onde se quer persuadir. Alguém que sem dúvida sirva de modelo para mudar uma atitude, um comportamento ou até mesmo uma sentença ou lei. O antimodelo é justamente o inverso, aquele exemplo que julgamos ser totalmente descabível, que pode até percorrer os caminhos da imoralidade e ausência de ética.

#### **4.3.1.5– Argumentação pela analogia**

A argumentação pela analogia, segundo Suarez<sup>97</sup> se faz quando

---

<sup>95</sup> PERELMAN, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução, São Paulo, Martins Fontes, 2005. P. 318. “ Bossuet se vale do argumento para acusar os pecadores impenitentes de malbaratar o sacrifício de Jesus não aproveitando as possibilidades de salvação por ele oferecidas”.

<sup>96</sup> PERELMAN, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. op. cit.. P. 413 e ss.

<sup>97</sup> ABREU, Antônio Suares, op cit. p. 29.

“utilizamos como tese de adesão inicial um fato que tenha uma relação analógica com a tese principal”. Perelman<sup>98</sup> trata o raciocínio pela analogia como um fator essencial de invenção. Mas não descarta a possibilidade de ser utilizada como ponto de partida para verificações, possibilitando uma formulação de uma hipótese que seria verificada por indução.

#### 4.4 – Função de Julgar

Alexandre Câmara<sup>99</sup> ensina que tornou-se pacífica no Brasil a afirmação doutrinária de que a lei é uma norma abstrata que possui comandos genéricos onde cabe a função jurisdicional substituir a norma abstrata ao caso concreto. Rogério Lauria Tucci<sup>100</sup> já disse que a sentença é a lei do caso concreto.

Continua o Desembargador Alexandre Câmara lecionando sobre a função de julgar discorrendo sobre a imparcialidade do órgão estatal que exerce a função jurisdicional, o chamado Estado-juiz. Este Estado-juiz é totalmente imparcial, não tem interesse econômico, jurídico ou qualquer interesse no resultado da lide. Tem como princípio o juiz natural e seu ato mais importante é a sentença, que tende a se transformar em definitiva, bastando para isso que se esgotem os recursos cabíveis no ato que se torna coisa julgada.

Para Chiovenda<sup>101</sup> o Estado ao exercer a função de juiz está

---

<sup>98</sup> **PERELMAN**, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie, op. cit. p. 423 e ss. “Em direito, o raciocínio por analogia propriamente dita se limita, ao que parece, ao confronto, acerca de pontos particulares, entre direitos positivados distintos pelo tempo, pelo espaço geográfico ou pela matéria tratada. Em contrapartida, todas as vezes que buscam similitudes entre sistemas, estes são considerados exemplos de um direito universal (p. 426)”.

<sup>99</sup> **CÂMARA**, Alexandre Freitas – Lições de Direito Processual Civil Vol. II, Rio de Janeiro, 18ª ed., Lumen Júris, 2010. p. 64.

<sup>100</sup> **TUCCI**, Rogério Lauria, Sentença e Coisa Julgada Civil, Belém: Cejup. 1984. P. 11.

<sup>101</sup> **CHIOVENDA**, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, Vol II, São Paulo, Saraiva, 3ª. ed., 1969. p. 3.” Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade

limitado a declarar direitos pré-existentes e a atuar na prática os comandos da lei.

Outro posicionamento bastante conhecido sobre o tema é o de Carmelutti<sup>102</sup> que defende ser a função de julgar uma função de busca da “justa composição da lide”.

Na função jurisdicional, o juiz deve dar valor não somente as provas, mas deve ser intimamente influenciado pela retórica e persuasão dos pólos ativo e passivo do processo, assim como aos argumentos dos causídicos. Sabemos que é a sua própria natureza, convicção interna, que o leva a decidir. Sendo o juiz um ser histórico que representa o Estado, impregnado de valores subjetivos e objetivos, e a demonstração dos acontecimentos no caso em tela não passando de uma aproximação dos fatos ocorridos, é difícil saber se a prova contida nos autos que vai de encontro com toda a realidade narrada dos acontecimentos é real e deve ser valorada. Não podemos mais admitir o “Hércules” de que fala Dworkin de um juiz normativo que sua dimensão se restringe em aplicar o direito<sup>103</sup>.

Como é sabido, o magistrado para sentenciar tem o dever de eliminar o máximo possível das dúvidas sobre os fatos alegados e provados pelas partes litigantes. Deve o nobre julgador possuir o máximo de certeza sobre as argumentações apresentadas.

Mesmo existindo todas as possibilidades anteriormente expostas como argumentações e retórica das partes, o fato do magistrado ser um ente estatal, com carga de valores éticos e morais, não lhe permite afastar-se da legalidade quando profere uma sentença. Isso tanto é verdade que, se não

---

de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existencia da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

<sup>102</sup> **CARMELUTTI**, Francesco, *Estúdios de Derecho Procesal*, Vol. II, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEa, 1952, p. 5.

<sup>103</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 91.

estiver convencido da ocorrência dos fatos, na esfera penal, não pode condenar, uma vez que os bens ali tutelados que são a vida, a liberdade, entre outros, são indisponíveis, e se houver dúvidas ou não existir prova suficiente para a condenação, o réu deve ser absolvido.

Esta sentença do magistrado, doravante, embasada no princípio da livre convicção, deve ser justificada e fundamentada. O magistrado deve sempre que possível prolatar uma sentença clara, justa e convincente para seu auditório (receptores), sob pena de sofrer embargos declaratórios.

Para que o juiz consiga prolatar esta sentença (clara, justa e convincente e com validade), ele precisa seguir certos requisitos legais positivados no Código de Processo Civil ou Código de Processo Penal.

Percebe-se então que o juiz, quando for sentenciar, tem que se valer de muitos recursos, não exclusivamente da visão dos fatos que o levaram a julgar de uma forma e não de outra, mas deve fazer um desenvolvimento lógico (persuasivo e não demonstrativo) e convincente, demonstrando o porquê de tal escolha, utilizando para tanto os requisitos retóricos que tornam a decisão válida.

Na atividade de atribuir valores do juiz não somente as provas são importantes para o influenciar, mas também a retórica e a argumentação das partes, dos causídicos, assim como sua própria visão dos fatos elencados. É a sua própria forma de pensar e agir que o leva a decidir e sentenciar. Sendo o juiz um ente representativo do Estado, repleto de valores subjetivos e objetivos, torna-se impossível mensurar qual sua aferição e mensuração de cada ato processual. Desta forma deve as partes e principalmente o causídico fazer a melhor argumentação possível, fazendo anteriormente uma escolha apurada dos argumentos a serem apresentados de forma a realizar um fechamento capaz de levar o magistrado a pensar da forma apresentada – persuasão.

## **CAPÍTULO 5**

### **DISCIPLINAS JURÍDICAS FUNDAMENTAIS, CIÊNCIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO**

#### **5.1- Ciência do Direito**

Daniel Coelho de Souza<sup>104</sup> em sua obra *Introdução à Ciência do Direito* leciona que Dogmática jurídica é o termo também aceito para esta disciplina. Esta ciência tem como objeto dialogar com o Direito vigente em determinada sociedade sobre as questões referentes a sua interpretação e aplicação. Sua pesquisa e sua busca se pauta na tentativa de revelar o ser do Direito, papel este muito debatido nos escritos de Kant. Este ser do Direito mormente está positivado nas Leis e nos Códigos. A Ciência do Direito não necessariamente tem natureza crítica, não se debruçando sobre o papel de discutir o direito no que tange a sociedade e as normas.

Desta forma a Ciência do Direito, é formada por um conjunto ordenado e sistemático de princípios e regras que objetiva definir e sistematizar o conjunto de normas que o Estado impõe a sociedade, não se esquecendo que tal ciência opera no campo da aplicabilidade apontando

---

<sup>104</sup> **SOUZA**, Daniel Coelho de - *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988.

possíveis soluções aos problemas ligados a interpretação e aplicação das normas.<sup>105</sup>

No que diz respeito ao seu objeto de estudo, Enrico Ferri<sup>106</sup> em sua obra intitulada *Princípios de Direito Criminal*, traz clareza lingüístico-conceitual que é o *Direito positivo*, ou direito posto. Acrescenta Ferri que não basta ser somente o Direito Positivo, mas que este seja de um Estado previamente determinado, levando em consideração o momento histórico-sócio-cultural.

Dir-se-á, com o eminente jusfilósofo Miguel Reale<sup>107</sup>, jusfilósofo conceituado conceitua tal ciência como:

"Ciência do Direito é sempre ciência de um *Direito positivo*, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de *ciência*, tanto como o da Grécia de nossos dias".

Como fora estudado, Ciência do Direito ocupa-se em estudar a norma jurídica positiva. Entretanto tal estudo se divide em duas vertentes, a saber: a parte teórica denominada *sistemática jurídica*, e a parte prática cuja denominação se dá de *técnica jurídica*.

Wilson de Souza Campos Batalha<sup>108</sup>, em sua belíssima obra denominada *Introdução ao Estudo do Direito - Os Fundamentos e a visão histórica*, alinhava que:

---

<sup>105</sup> **DINIZ**, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

<sup>106</sup> **FERRI**, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*, Campinas: Bookseller, 1999. p. 90.

<sup>107</sup> **REALE**, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>108</sup> **BATALHA**, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito - Os Fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.



"cientista do Direito, estritamente como cientista do Direito, aceita o ordenamento jurídico como um "dato" que elabora, com vistas à sistematização, mas que não pode alterar e que admite com sua indiscutível imperatividade. Daí a denominação de Dogmática Jurídica atribuída à Ciência do Direito".

Notadamente o jurista, ou melhor, o cientista do direito tem uma função e um dever valorador imprescindível. Sua função de crítica se faz no sentido de valorar a norma e assinalar injustiças, falhas técnicas, inadequação social e aplicabilidade assim como reportar vícios quanto precedentes históricos. Porém toda esta atividade deve ser pautada no cunho objetivo de aprimorar a norma tornando a mais adequada ao convívio social.

Crítica à Ciência do Direito podemos referenciar com os ensinamentos de Orlando Soares<sup>109</sup> em sua *Introdução ao Estudo do Direito*, quando se reporta ao ataque realizado por Julius Herman von Kirchmann, então Procurador do Rei da Prússia, em conferência que fora realizada em 1847 embasado na mutação do Direito e das normas assim como na atuação da justiça no tempo e espaço. Contradito a tal crítica, vale ressaltar que o fato de transformações no âmbito jurídico não invalida o sistema jurídico como um todo e que tais transformações se operam de maneira lenta no decorrer dos séculos. Como exemplo temos a Constituição dos Estados Unidos da América.

Finalizando podemos dizer que a Ciência do Direito não cria normas, pois estas são seu objeto de estudo. Para realização destes estudos, adota métodos de natureza investigativa como o método analítico, analógico e o sintético e tem como objetividade adequar a norma à sociedade, fazendo desta a mais justa possível.

---

<sup>109</sup> **SOARES**, Orlando. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 1991.

## 5.2- Filosofia do Direito

Cabral de Moncada<sup>110</sup> trata a filosofia do direito não como uma disciplina jurídica, muito longe disto, refere-se a esta como uma atividade mental ou um ramo da filosofia que se ocupa do direito. Não é também uma visão ou contemplação das coisas do direito, desta forma não pode ser cultivada por homens que sejam simples juristas. Trata então a filosofia do direito na visão de Moncada das coisas do direito como realidades. É trazer para o mundo jurista habituais preocupações, especulações e ações do direito.

Moncada<sup>111</sup>, em caráter metodológico dividiu a filosofia do direito em quatro grandes capítulos, sua temática e problemática em devida harmonia, a saber: o problema *gnoseológico do direito*; o problema *ontológico* do ser e da realidade jurídica; o problema *axiológico*, ou problema dos valores ou fins da atividade jurídica; e, finalmente, o problema *metafísico*.

Paulo Ferreira da Cunha<sup>112</sup>, traça uma profunda ligação entre

---

<sup>110</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 1-2. "A filosofia do direito não é uma disciplina jurídica ao lado de outras; não é sequer, rigorosamente, uma disciplina jurídica. É uma atividade mental ou ramo da Filosofia que se ocupa do direito; é uma parte, um capítulo particular, se quisermos assim chamar-lhe, da Filosofia. Há uma Filosofia do direito, como há uma filosofia da arte, outra da religião, outra das ciências, etc., mas só quando ao estudo destes objetos se imprimir uma determinada orientação de pensamento e eles forem contemplados por nós sob certo aspecto ou ângulo. E o mesmo se diga, inclusivamente, da Filosofia de todas as diferentes manifestações da vida da atividade e do pensamento humano e de todas as coisas."

<sup>111</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de. Ob. Cit. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 5. "(...) 1- O do problema do conhecimento jurídico, ou o problema *gnoseológico* do direito; 2- O do problema do ser e da realidade jurídica, do direito e do Estado, nas suas estruturas, ou o problema *ontológico* destes seres; 3- O problema dos valores ou fins valiosos da atividade jurídica e política do homem, ou o problema *axiológico*; e, finalmente, 4 – O problema da suprema unificação de todas estas coisas num plano metafísico, não só de concepção do mundo, como de visão total e suprema da realidade."

<sup>112</sup> **CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 95. "Mesmo pondo de parte estas teorizações mais totalizantes e juridificadoras, ou pan-juristas até, é inegável que a Filosofia se encontra no Direito,

filosofia e direito. Para ele a filosofia se encontra no direito de múltiplas formas, como por exemplo no direito positivo que fora inspirado sempre por perspectivas filosóficas, assim como, a questão da validação e crítica do direito, o problema do dualismo jurídico, da natureza das coisas, o problema da teoria, da prática do direito, constituem questões centrais da filosofia do direito quando discutida. Desta forma, a filosofia do direito existe desde os primórdios quando especulações houvera entre justo e injusto. Porém somente no século XIX, mas precisamente com a criação das universidades alemãs, e a constituição epistemológica autônoma de qualquer disciplina, nasce então a filosofia do direito.

Gustav Radbruch<sup>113</sup> trata a filosofia do direito no que tange a valoração do direito, ou como Stammler nomeia: “a doutrina do direito justo”. Este novo conceito filosófico, segundo Radbruch, é caracterizado por dois pilares essenciais, a saber: dualismo metodológico e relativismo. No conceito de atribuição de meios justos para um fim jurídico, não devemos falar em filosofia do direito, mas sim, política do direito, pois a tarefa da filosofia do direito não é apenas traçar uma reflexão valorativa do

---

naturalmente, de múltiplas formas.

Antes de mais, o direito positivo é inspirado sempre por perspectivas filosóficas. Ao falarmos de fontes do direito em sentido filosófico, é a essa inspiração, que na gestação da lei tanta importância assume, que estamos a aludir. Por outro lado, a questão da existência ou não de uma instância de validação e crítica do direito positivo, ou de um conjunto de princípios supra legais que o enformem, ou seja, o problema do dualismo jurídico, do direito natural, da natureza das coisas, do direito vital, ET., essa questão, sendo um problema de teoria e até de prática do direito quanto é vivida a dualidade do jurídico, constitui uma questão central da filosofia do direito quando discutida.”

<sup>113</sup> **RADBRUCH.** Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 13 e SS. “A filosofia do direito seria, portanto, a consideração valorativa do direito, a “doutrina do direito justo” (Stammler). O método dessa nova consideração valorativa do direito é, no entanto, caracterizado por dois traços essenciais: dualismo metodológico e relativismo.

1. A filosofia kantiana apontou-nos a impossibilidade de compreender o a valioso, o justo, o que deve ser a partir do que é. Portanto, jamais algo é justo somente porque é, ou foi, ou, também, porque será.

(...) Segundo, é igualmente tarefa da filosofia do direito não apenas refletir sobre o juízo de valor jurídico até os mais longínquos meios para a sua realização, mas também, em direção oposta, esclarecê-lo até suas últimas premissas de concepção de mundo.”

mundo jurídico, mas uma tentativa incansável de esclarecimento sobre aquele valor. Traça, portanto, um questionamento desta filosofia ao modelo Kantiano de juízo de valor jurídico individual único.

Kaufmann<sup>114</sup> trata a filosofia do direito como um ramo da filosofia, mas não como da ciência do direito, não se podendo, contudo, dizer que a filosofia do direito é uma classe especial dentro do conceito de filosofia geral. A filosofia geral, tem como uma de suas problemáticas a existência humana e tem como causa a busca pelo essencial. Nesta linha de raciocínio, Kaufmann não atribui à filosofia do direito, uma superioridade dentre outros ramos da filosofia, mas a distingue, filosoficamente por refletir questões jurídicas essenciais e, sobretudo problemas jurídicos fundamentais na tentativa de oferecer-lhes uma resposta plausível. Relata Kaufmann: “(...) na filosofia do direito, o jurista formula as perguntas e o filósofo dá as respostas.”

Seguindo a linha de raciocínio de Kaufmann, a filosofia do direito não é ciência do direito, e por isso, um filósofo do direito adentra a problemáticas tanto da ciência do direito, quanto nas formulações da filosofia. Porém, a filosofia do direito não é dogmática jurídica, pois esta trata de validar pressuposto sem atribuir provas dessa veracidade. O dogmático do direito não trata de questões do direito sobre a premissa de quais circunstâncias ou de que forma existe o conhecimento do direito. A dogmática, portanto, torna-se perigosa, quando se nega a pensar meta-dogmático a filosofia do direito, atribuindo tal procedimento à teoria e até mesmo, conceituando tal postura como sendo não científico.

---

<sup>114</sup> **KAUFMANN / HASSEMER**, Arthur/ Winfried., *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 27. “As diferentes formas de ser da filosofia do direito e da dogmática jurídica refletem-se, como já foi dado a entender acima, nos seus diferentes âmbitos. A teoria da ciência entende *objecto material* como objecto concreto do qual uma ciência se ocupa na totalidade. Por sua vez, o *objecto formal* é a perspectiva específica a partir da qual a ciência investiga esse todo (daí que este seja, por vezes, designado por -objecto de investigação-). O objecto formal é a marca distintiva de cada ciência, ao passo que o objecto material pode ser comum a várias ciências. Assim, o direito –direito- é o objecto material comum a todas as disciplinas jurídicas – direito civil, direito público, direito administrativo, direito penal etc.”

Consoante acertiva de Paulo Nader, perfazemos por último sob o aspecto da filosofia do direito, sintetizando-a da seguinte forma: a ciência do direito tem por fator limitador, descrever e sistematizar o direito em determinado tempo, espaço e sociedade *operandi*, em quanto que a filosofia do direito transcende o plano normativo e questiona, por exemplo critérios de justiça na adoção de normas jurídicas. A indagação da ciência do direito é *Quid juris?* (o que é de Direito?). Já a filosofia do direito, se debruça no questionamento *Quid jus?* (o que é o Direito?). Nesta dimensão, a reflexão da filosofia do direito recai sobre os fundamentos do direito. Nader<sup>115</sup> conceitua esta filosofia como sendo aplicada ao objeto direito, com o dever ser, com o melhor direito, com o direito justo, desta forma exerce uma pesquisa lógica, investigativa do conceito de direito em suas teorias mais complexas, destacando uma natureza axiológica quanto a crítica das instituições jurídicas sobre o prisma dos valores de justiça e de segurança normativa.

### 5.3- Sociologia do Direito

A sociologia do direito<sup>116</sup> ou a sociologia jurídica de formação relativamente recente não tem seu campo de pesquisa demarcado. Dedica-se este ramo da sociologia ao estudo do direito hipotecado ao campo da antropologia, da ciência política, da psicologia e particularmente da sociologia. Tem suas pesquisas muito influenciadas nas áreas do direito comparado, filosofia do direito, da economia e também da literatura. Questiona de forma a pesquisar o desenvolvimento das instituições jurídicas para-jurídicas, as normas e as formas do controle da sociedade

---

<sup>115</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11. “Além do conhecimento científico do Direito, que oferece a noção sistemática da ordem jurídica, e do filosófico, que vê esse ordenamento vulga, que é elementar, fragmentário, que resulta da experiência. Enquanto os conhecimentos científico e filosófico do Direito se obtêm pela seleção e emprego de métodos adequados de pesquisa, o vulgar é adquirido pela vivência e participação na dinâmica social. É a noção que o leigo possui, oriunda de leitura assistemática ou de simples informações (v. & 3).”

<sup>116</sup> **CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 125. “A Sociologia do Direito (a dimensão sincrônica normalmente não institucional oficial, mas social, ou aquela enquanto fenômeno social), incluindo eventualmente boa parte do que é hoje a Criminologia, ou seja, a Sociologia Criminal, ou Sociologia Penal.”

também sobre a ótica coerciva, a integração de culturas jurídicas diferenciadas, como por exemplo, citamos a cultura jurídica islâmica e judaica e fornece elementos a uma melhor construção social desses questionamentos, a partir de uma aplicabilidade na relação entre direito e mudança social.

Algumas contribuições de Paulo Nader<sup>117</sup>, no estudo da sociologia do direito apresenta esta disciplina como examinadora de fenômenos jurídicos sob a ótica social, postulando indagações e adequações entre ordens jurídicas e os fatos sociais, a saber, relações entre a sociedade e o direito, englobando em caráter investigatório, dois pontos principais de pesquisa: a adaptação do direito à vontade de direito e cumprimento pelo povo das leis vigentes e a aplicação destas pelas autoridades. Não deixando escapar os campos de pesquisa a correspondência entre os objetos visados pelo legislador aos efeitos sócias provocados pela outorga de suas leis.

A sociologia do direito valida como autêntico o direito de um povo quando este é capaz de retratar sua vida social, quando se adapta ao momento histórico vivenciado por tal sociedade, quando sua evolução acompanha as novas dimensões dessa sociedade e porque não dizer, quando a sociedade em sua maioria aprova a norma jurídica vigente. Dentro desta importante observação, a sociologia do direito trabalha de forma exaustiva na tentativa de corrigir os desequilíbrios normativos entre a sociedade e o direito.

Augusto Comte<sup>118</sup>, denominado por alguns como pai da

---

<sup>117</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12 e SS.

<sup>118</sup> **COMTE**, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva – Discurso Preliminar sobre o conjunto do Positivismo*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.11. “A sociologia é entendida por Comte no mais amplo sentido da palavra, incluindo uma parte essencial da psicologia, toda a economia política, a ética e a filosofia da História. Da mesma forma como protesta contra a abordagem dos fenômenos psicológicos individuais independentemente do desenvolvimento mental da raça, Comte opõe-se também ao isolamento da político e da ética em relação à teoria geral da sociedade. Comte ressaltou ainda que os objetos das ciências sociais não devem ser tratados independentemente do curso de desenvolvimento revelado pela História.

sociologia jurídica, restringiu o direito como simples capítulo da sociologia. Tal posicionamento, nos dias atuais está restrito aos sociólogos mais radicais pelo fato de não conseguir embasamento científico para tal premissa. Outra crítica que se faz aos sociólogos do direito é o de supervalorizar a ciência da sociedade e reduzir o direito, pondo este a categoria única de fato social.

Eugen Ehrlich<sup>119</sup>, prefaciando sua obra *Fundamentos da Sociologia do Direito*, postula de forma analítica a importância de tal disciplina no ato de legislar e aplicar o direito numa sociedade determinada.

Nas lições de Nader<sup>120</sup>, a dimensão sociológica do direito, que trata o direito de uma adaptação social, impõe ao homem e, portanto, a sociedade inúmeras necessidades e processos de adaptação. Como atributo em relação ao homem, este é plenamente capaz, resistente e apto a viver em sociedade desfrutando portanto de justiça e segurança. Salientamos que a perspectiva destes processos de adaptação, observado pelo sistema sociológico não é na maioria dos casos situações facilmente conquistadas. O fenômeno de adaptação humana, sugerido por Paulo Nader, é dividido

---

Aspecto fundamental da sociologia comtiana é a distinção entre a estática e a dinâmica sociais. A primeira estudaria as condições constantes da sociedade; a segunda investigaria as leis de seu progressivo desenvolvimento. A idéia fundamental da estática é a ordem e aperfeiçoa os elementos permanentes de qualquer sociedade: religião, família, propriedade, linguagem, acordo entre poder espiritual e temporal etc.”

<sup>119</sup> **EHRlich**, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB. 1986. p.13. “...também em nossa época, como em todos tempo, o fundamental no desenvolvimento do Direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do Direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do Direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma Sociologia do Direito.”

<sup>120</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17. “As necessidades de paz, ordem e bem comum levam a sociedade à criação de um organismo responsável pela instrumentalização em regência destes valores. Ao direito é conferida esta importante lição. A sua faixa ontológica localiza-se no mundo da cultura, pois representa a elaboração humana. O direito não corresponde as necessidades individuais, mas a uma carência de coletividade. A sua existência exige uma equação social. Só se tem direito relativamente a alguém. O homem que vive fora da sociedade, vive fora do império das leis. O homem só, não possui direitos nem deveres.”

em adaptação interna e adaptação externa.

A adaptação interna ou orgânica se dá por processos independente do elemento de vontade, através dos órgãos do corpo. Citamos por exemplo a adaptação humana ao trabalho decorrente deste ser extraído a provisão de sua sobrevivência. Desta forma o homem supera adversidades como frio, calor, pressão atmosférica, dentre outros fatores que tanto interferem no seu sistema sanguíneo na multiplicação dos glóbulos vermelhos no sangue como em sua pele na formação de novos tecidos.

Por outro lado, a adaptação externa exige do homem e sociedade esforço no sentido de gerar novos comportamentos e postulando um amplo sentido, uma mudança de cultura na adaptação de necessidades de elementos sociais. Citamos como exemplo a adaptação de uma norma jurídica que privilegie os usuários de cadeiras de rodas.



## CAPÍTULO 6

### DISCIPLINAS JURÍDICAS AUXILIARES, HISTÓRIA DO DIREITO E DIREITO COMPARADO

#### 6.1- História do Direito

Como conceito, a história do direito<sup>121</sup> estuda cronologicamente o direito, tanto sob o comportamento empírico como social, respeitando a relação homem-tempo, com a pretensão de possibilitar um melhor entendimento do tempo presente e planejar de forma harmoniosa um arcabouço jurídico futuro melhor para as sociedades vindouras.

Com fundamento na idéia do Ilustre Professor Walter Vieira do Nascimento<sup>122</sup>, em sua obra *Lições de Historia de Direito*, o tempo presente é nada mais que uma extensão temporal do passado, podendo ser melhorado a todo momento quando elaboramos um estudo atuante a

---

<sup>121</sup> **CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 125. “A História do Direito (a dimensão diacrônica local, comparativa, ou internacional), incluindo a Historia do Direito Roman (já que um Direito Romano só técnico-jurídico, embora muito formativo, é uma disciplina positiva, embora de direito positivo em geral, salvo “bolsas” raríssimas no mundo, não vigente)).”

<sup>122</sup> **NASCIMENTO**, Walter Vieira do. *Lições de Historia de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. “... há de se tornar o presente uma extensão do passado. Donde se pode acrescentar que uma visão mais ampla do atual só é possível se precedida da visão que se tenha do antigo”

atualizador do direito, criando normas e procedimentos novos e eficazes, possíveis de criar harmonia na sociedade.

A história do Direito é uma disciplina jurídica que se ramificou da história social. Hoje tal disciplina goza de total autonomia disciplinar. Tem dentro do seu bojo teórico como objetivo análise, crítica e também trabalha na ceara da pesquisa dos institutos jurídicos do passado. Seu campo de estudo pode se deter ao um complexo legislativo de ordem nacional, abranger normas de um povo ou conjunto de povos de mesma linguagem ou mesmo ampliar sua pesquisa aderindo o direito sem fronteiras. Tal estudo é ampliado a normas formais ou informais, escritas ou não, codificadas ou não.

O Direito e a História tem seus estudos normalmente perfilados, com características de mutualidade . Não é preciso um estudo com análises sistematizada para perceber que o direito está repleto e totalmente influenciado pelos fatos e características históricas. O direito na verdade acompanha os fatos históricos e como estudado na cadeira da psicologia do direito, o direito justo é aquele que possibilita a sociedade, seja ela a mais distinta, viver de forma feliz capaz de resolver seus conflitos. Como exemplo temos a história da igreja determinando o que seja direito. Assim como o período iluminista dentre outros. Na medida em que se desenrola o processo histórico vão se mudando o direito, seja para melhorar a forma de vida social ou regredi-la em comparação a outros povos. Resumidamente, é preciso conhecer a história para ser conhecido o direito.

Para se obter um estudo confiável, metódico e bem elaborado, obtendo deste a mais fidedigna conclusão, análises normativas devem ser paralelamente verificadas em sua totalidade com as presunções , comprovações e verificações do período histórico em que foram editadas. A investigação de normas jurídicas sob o prisma da história do direito não pode em tempo algum ser isolada, pois trata de uma investigação complementar no que tange ao tempo em que a norma foi editada, no porque tal norma foi editada, qual período histórico presente, os fatos sociais que interferiram e assim por exemplo. Afirmções isoladas da referida matéria não podem ser tidas como válidas, sob a possibilidade instrumental de ser julgada inverídicas. O contexto de descobrimento mediante determinada premissa, partindo para uma conclusão, deve ter

todo uma motivação e valoração do contexto histórico.

## **6.2- Direito Comparado**

O Direito Comparado, também o é um ramo da ciência jurídica onde pauta seus estudos nas diferenças e semelhanças entre ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, ou países. Desta forma o direito comparado também traça uma contribuição metodológica à sociologia do direito, pois ao investigar normas de diferentes Estados e países, assim como de povos, estende seus estudos ao mundo social destes povos.

O estudo desta disciplina, respeitando seus métodos, traz ao estudo do direito uma relevante contribuição e notadamente é uma imensurável fonte enriquecedora de cultura. Alguns dos objetivos contributivos desta disciplina está relacionado não somente a fornecer informação sobre direito de diversos povos e países, assim como nomear elementos comuns e evoluções das instituições jurídicas estudadas. Não esquecendo que tal analogia gera mudanças significativas nos ordenamentos jurídicos estudados. Outro resultado positivo deste direito é a criação de princípios norteadores para futuras reformas jurídicas e uma ponte entre o direito e a moral na aplicação da justiça.

O direito comparado desenvolvido no âmbito de estudo dos direitos estrangeiros, proporcionou um qualitativo conhecimento do direito nacional e aperfeiçoamento através da jurisprudência que fortemente influencia normas positivadas, desta feita, é destaque no debate acadêmico a utilidade de investigações históricas e filosóficas referente ao direito efetuado pelo direito comparado. Notadamente pelos estudiosos a análise comparativa do direito desencadeia um aperfeiçoamento no direito nacional. Não deixando de destacar, que ao longo dos anos no âmbito do direito comparado, relevante utilidade se deu e continua sobremaneira apresentando características de aperfeiçoamento, objetivando a compreensão dos povos estrangeiros e o estabelecimento de uma melhor política para as relações da vida internacional. No campo da economia, a sua dimensão é universalizável, pois permite a interligação comercial dos povos, pautada em sua grande maioria por tratados internacionais, que nada mais é do que um dos resultados do estudo comparado do direito.

O reflexo final de um estudo sistemático do direito comparado é o aproveitamento de um Estado pelas experiências, positivas ou negativas, no mundo jurídico. Não desprezando sua vida cultural, política, religiosa e social e historicamente existente na atualidade, o direito deve servir como experiência na perspectiva de sua evolução entre os povos.

Paulo Nader<sup>123</sup> contribui com seu estudo sobre axiologia, remetendo a idéia que tal premissa é positivamente utilizada quando num debate conceitual de cunho comparativo, o sentimento nacionalista é renegado posto que não há direito ou norma jurídica superior a outra norma jurídica, e sim o pluralismo de valores sociais que definitivamente define o direito na dimensão dos princípios e valores incomensuráveis da justiça.

---

<sup>123</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64. “1. Axiologia – A parte da Filosofia que estuda os valores em seu caráter abstrato, sem considerar a sua projeção nas diferentes ciências, denomina-se *teoria dos valores* ou *axiologia*. Os valores específicos, concretos, ficam a nível das próprias ciências.. assim, os valores jurídicos são abordados na Filosofia do Direito; os econômicos, nas chamadas Ciências Econômicas; os políticos, na Ciência Política.

## CAPÍTULO 7

### **O CONCEITO DE JUSTIÇA, UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE O QUE É A JUSTIÇA, JUSTIÇA COMUTATIVA ARISTOTÉLICA, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA ARISTOTÉLICA,**

#### **7.1- Uma investigação sobre o que é a Justiça:**

Segundo preceitua o Ilustre Professor Barbas Homem<sup>124</sup>, justiça é um dos temas básicos da filosofia e da teoria do direito. Fazer uma coerente reflexão sobre a justiça e sua aplicabilidade é um exercício do ocidente, seja no campo filosófico, político e no direito. Desta forma, o ser justo deriva de atitudes que devem se associar ao regime político e a forma de governo. Não somente no campo da filosofia do direito, mas em comportamentos éticos e morais deve prevalecer a essência da Justiça. Uma das problemáticas de que trata a idéia de justiça, é não apenas conhecer o procedimento do justo, mas sim conhecer os pressupostos e as motivações que leva alguém a decidir de modo injusto, fazendo verdadeira via inversa da idéia de justiça. Assim como pensar que justiça está ligada a delimitação de direito. A justiça é muito mais que o direito, e muito mais que o positivismo, mesmo sendo o direito preceituado por categorias justas como viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não ofender os outros. Concordando com a teoria de Barbas Homem, “... mas devemos antes entender o direito como a justa realização da justiça”.

---

<sup>124</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. o justo e o injusto. Lisboa: a.a.f.d.l, 2005. pp. 9.

Outro atributo na tentativa de conceituar a justiça, Paulo Nader<sup>125</sup> argumenta que a justiça é o magno tema do direito. Tendo por base as concepções conceituais de justiça de Platão e Aristóteles, Ulpiano formulou a máxima onde: justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu. Tal definição retrata a justiça como virtude humana. Muitos pensadores da atualidade tem colocado esse premissa como ultrapassada. O capitalismo e o socialismo dada sua ideologia estão em total desacordo quanto a repartição dos bens materiais na sociedade. Contrária a esta visão, discursa outra parte filosófica atribuindo a sentença: dar a cada um o que é seu, tem natureza apenas formal, pois não define o “seu”, isto é, o que pertence a cada pessoa.

Dar a cada um o que é seu, é uma premissa lógica aberta a diferentes conteúdos, não somente a divisão de bens. Sob este prisma tal premissa agasalha: salário equivalente ao trabalho, pena proporcional ao crime dentre outros. Esta premissa além da idéia de justiça contempla também o campo da moral. Desta forma, a palavra justo derivada de justiça revela aquele que está adequado. Ações justas estão muito além de correlacionamento à divisão de riquezas, pois sua maior preocupação está no bem coletivo.

Justiça também contempla os valores éticos. Praticar justiça é respeitar a vida, a liberdade, a igualdade de oportunidades e o bem das relações sociais. Equivocada a idéia de justiça inata, pois uma criança pode reconhecer o que é seu.

Nesta mesma linha de raciocínio, Arthur Kaufmann<sup>126</sup> conceitua justiça de forma a fornecer princípios, não possuindo uma exata e conclusiva definição. Continua consagrando a justiça como preceito fundamental e absolutamente inseparável da ética, da filosofia social e jurídica, da vida social e política, religiosa e jurídica. Postula ainda Artur

---

<sup>125</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.101 e SS.

<sup>126</sup> **KAUFMANN**, Arthur., *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. pp,225. O autor esboça seu entendimento conjuntamente a teologia e a filosofia em quatro virtudes cardinais: “prudência, justiça, coragem e temperança (pressupondo sempre as virtudes seguintes as antecedentes).

Kaufmann que a justiça acontece no entendimento filosófico e teológico como a segunda das quatro virtudes cardinais.

Kaufmann preceitua que a idéia de justiça está ligada intimamente a idéia de igualdade, mas salienta que justiça não é somente igualdade. Num período posterior a Kant, no positivismo, a justiça fora reduzida ao princípio da igualdade, tendo a idéia do ilustre jurista brasileiro Rui Barbosa onde ser justo é tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma proporcionalmente diferente. Dentro deste prisma, somente este princípio formal era tido como cientificamente seguro ao conceito de justiça. Kelsen desconstrói esta segurança do positivismo afirmando que não sabemos e nem nunca saberemos o que é a justiça. Desta forma somente uma limitação formal a filosofia do Direito e a doutrina da justiça eram capaz de fornecer uma resposta.

Uma idéia muito precisa em Kaufmann<sup>127</sup> é a questão levantada sobre o movimento duplo da justiça. Esta é uma questão tanto ontológica como gnosiológica. De um lado estamos focados na definição de justiça e de outro em como conhecemos e fazemos a justiça. Durante muitos séculos e até a atualidade alguns respondem estas questões voltadas à forma do conteúdo da justiça e a outra referendo-se ao modo como se conhece a

---

<sup>127</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 226. “Tradicionalmente distingue-se: 1. a *justiça objectiva* enquanto mais elevado princípio de justificação das ordens normativas, das instituições e sistemas sociais (Direito, Estado, Economia, Família...); 2. a *justiça subjectiva* enquanto virtude já expressa na fórmula do direito romano e de Cícero: “Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuens.”<sup>21</sup> - No que se segue tratamos em primeira linha Justiça objectiva.

À pergunta o que é Justiça responde-se frequentemente: a justiça é no seu cerne *igualdade*. Mas se a justiça é essencialmente igualdade, isso significa também, com o óbvio, que a justiça não é apenas igualdade. Porém, na época posterior a *Kant*, especialmente no positivismo, a justiça foi reduzida exclusivamente ao princípio da igualdade, isto é, à proposição segundo a qual o igual deve ser tratado de forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. Apenas este princípio totalmente formal era tido por cientificamente seguro, os conteúdos da Justiça, ao invés, não poderiam ser objectos da ciência, mas pertenceriam como sobretudo *Kelsen* ensinou, à política. Característica é a pergunta retórica de *Kelsen*: O que é a Justiça? – não o sabemos nem nunca saberemos<sup>2</sup>. A filosofia do Direito, a doutrina da justiça, limitava-se ao formal.”

justiça. Na tentativa de sanar tais posicionamentos, nos últimos tempos fora desenvolvido a teoria processual da justiça, que trabalha com o conhecimento da justiça e também com o “direito justo”.

Kaufmann trabalha um sentido muito forte do princípio da igualdade. Segundo o autor, tal princípio reveste-se da característica de tratar o igual de forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. Ele não fecha o assunto definindo o que é igual ou diferente, nem como a forma de tratamento. Afirma o autor que nada no mundo é absolutamente igual ou diferente, e que esta observação está ligada ao caráter temporal. A igualdade, então, é uma ideia no campo da diferença onde não há fronteira lógica permissiva entre igualdade ou semelhança, desta forma continua o autor discorrer sobre a igualdade, sendo um ato de equiparação e conhecimento racional por uma decisão de poder. Cita como exemplo o poder do legislador em estabelecer por força de sua autoridade a maioria jurídica a partir dos 18 anos. Desta forma, a autoridade outorgou igualdade entre pessoas de 18 anos em diante, no entanto, tais pessoas são diferenciadas, podendo ser incapazes, pródigas, pessoas com necessidades especiais, dentre outras.

Aristóteles<sup>128</sup>, em sua obra *Ética a Nicómaco* ainda é um referencial sobre a questão da justiça. Para este autor, o ponto central da justiça está pautada no princípio da igualdade. Interpretou Aristóteles a igualdade como algo proporcional, geométrico, análogo denominando valor e este critério.

---

<sup>128</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 231-232. “A proporção exige contudo um critério; a analogia, um termo de comparação. *Aristóteles*, chamou a este critério “valor”. É claro que com isso se convocou o ponto cardinal, mas também toda a problemática da questão da justiça.

A igualdade é portanto uma igualdade de relações, uma correspondência, uma analogia. O caráter analógico do ser (que não se funda necessariamente na doutrina teológica da analogia entis = problema de Deus) é o pressuposto para que possamos alcançar uma ordem no nosso saber e nas nossas relações. Se tudo fosse idêntico, se não houvesse quaisquer diferenças, então seria despropositado, senão mesmo impossível, formar diferentes palavras e diferentes normas. Se não houvesse conexões entre as coisas, então teríamos de ter um nome específico para cada coisa e uma norma específica para cada acção. Só existe ordem com base na analogia do ser, que é algo intermédio entre identidade e diferença, entre absoluta igualdade e absoluta diversidade (relembrem-se mais uma vez as palavras de Goethe anteriormente citadas na página 19).”



Foi realizado nos dias 2, 3 e 4 de agosto de 1996 em Brasília, DF, o Seminário “Ética e Justiça”, organizado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, no qual o professor Josaphat Marinho<sup>129</sup> discorreu sobre o tema principal deste evento. Segundo o expoente, a noção de justiça, diferentemente do que conceitua Ulpiano, não consiste nem deve consistir em dar a cada um o que é seu. A modernidade conjuntamente com a experiência dos tempos, mostra que a distribuição dos bens aos homens não é equitativa, mas desigual e injusta, obedecendo sempre aos fatores emanados dos poderosos, não seguindo qualquer critério racional. Caso seja prevalecido a regra de dar a cada um o que é seu, principalmente na sociedade desigual de nossa época estaríamos corroborando para o que o autor denomina de: reino da força e da esperteza. A justiça estaria residida no ato de dar ao rico sua fortuna e ao pobre sua miséria, exacerbando ainda mais os desequilíbrios humanamente insustentáveis da humanidade. Corroborando com a ideia de Kaufmann o autor se reporta a necessidade do Estado na criação de uma ordem de equilíbrio. Elucida o autor com clareza que tal ordem de equilíbrio deve ser apta, isto é, revertida de norma legal, a reduzir as dissimetrias decorrentes das diversidades da sociedade que a priori, é fruto da exploração.

Neste sentido, caso o Estado seja capaz de estabelecer uma ordem de equilíbrio, é imprescindível o revestimento de tal ordem ao mundo da ética, da moral e da justiça extensiva a toda coletividade. Conceituamos que não é tarefa fácil definir ou determinar o ético e o justo na sociedade. Finaliza o autor citando Henri Hude<sup>130</sup> em sua obra *Étique et Politique*, dissertando: “antes de fazer, é preciso decidir. Optar razoavelmente é preferir o melhor ou o menos mal, aplicando corretamente critérios de escola razoáveis. Esses critérios podem ser formulados. Essas fórmulas são julgamentos de valor: X é bom, Y é mau, Y é melhor W. uma ação razoável é pois, a que recolhe julgamentos de valor fundados em razão como critérios de escolha, e que decide corretamente de acordo com esses critérios. (...) Decidir razoavelmente é, pois, reconhecer a existência e o valor de valores constituindo uma escala, e que existem independentemente de nós, qualquer que seja essa existência.”

---

<sup>129</sup> **PINHEIRO**, José Ernanne. *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário*. In: PINHEIRO, J. E. (ORG.): Petrópolis: Vozes, 1996. p. 125-132.

<sup>130</sup> **HUDE**, Henri. *Étique et Politique*. Paris: Éditions Universitaires, 1992.

António Pedro Barbas Homem, em relevante reflexão sobre a dimensão da justiça, postula ser a mesma uma das proposições basilares da filosofia, assim como, da teoria do direito. Refletir, pois, sobre a dimensão da justiça, promove relevante discurso teórico e prático na tentativa de estabelecer um entendimento sobre o tema. Relevante ponderação do autor que o traço marcante do jurista, consoante pensamento de Ulpiano, é justamente de distribuição de justiça. Barbas Homem<sup>131</sup>, também elabora importantes reflexões históricas sobre o exercício da justiça, onde postula que no mundo moderno a aplicação da justiça está diretamente ligada aos instrumentos de realização do direito.

Estabelece o autor, uma argumentação em que pondera o método da justiça, isto é, a metodologia na qual a justiça será decidida, o decidir de modo justo. Pois se pensarmos na justiça como divina, temos como dimensão de justiça segundo assertiva de S. António<sup>132</sup>, “(...)o temer a Deus, venerar a religião, a piedade, a humanidade. O amor do equitativo e do bom, o ódio do mal. O empenho de prestar favor(...)”.

Nos reportando ao conceito de Justiça e Império travado por Barbas Homem, sem dúvida no argumento válido de justiça o autor elabora rigorosa regra entre o poder de julgar e o poder de impor a decisão. As regras jurídicas são normas que somente poder ser cumpridas ou não.

---

<sup>131</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 10. “A sucessão de sistemas e perspectivas teóricas introduziu um grau de complexidade acrescido no debate de ideias. A questão é saber se podemos prescindir deste debate e reflexão sobre a justiça e se é possível um discurso racionalmente fundado sobre a justiça.

O ponto de vista que desenvolvemos assenta numa perspectiva institucional: o direito realiza-se através de instituições – o parlamento, o governo, os tribunais, os advogados, a administração – pelo que a compreensão dos instrumentos institucionais de realização do direito constitui um elemento vital para perceber a essência da justiça.

De outro modo, não podemos desligar-nos da tradição reflexiva ocidental sobre a justiça, a qual é tantas vezes apresentada como fundamento espiritual e epistemológico do pensamento contemporâneo. A filosofia do direito apenas pode ser percebida numa dimensão histórica. Contudo, a esta dimensão histórica do pensamento deveremos acrescentar a intencionalidade do Estado de Direito contemporâneo, assente na supremacia da Constituição e das suas normas e princípios.”

<sup>132</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *Ob. Cit.*, 2005. p. 21.

Porem existe uma ligação determinante denominada coação, que pela qual o impossível ao Estado será a aplicação da justiça. O poder de império travado pelo autor citando Pascal<sup>133</sup> traz um silogismo lógico onde: “A justiça sem a força é impotente. A força sem justiça é tirana”.

Os questionamentos mais incisivos à proposta de estruturar um pensamento lógico sobre justiça formulado pelo autor, consoante vimos, são endereçados principalmente na idéia de pluralidades de pontos de vista em relação à justiça, que segundo o Ilustre Professor Barbas Homem<sup>134</sup> “não impede a necessidade de encontrar pontos de apoio firmes.”

Com Gustav Radbruch<sup>135</sup>, neokantiano, fomentou este discurso de forma magistral. Para ele todo objetivo do legislador do Direito Positivo deveria ser a justiça. E esta justiça deveria ter um valor absoluto como a Verdade, o Bem e o Belo, mas não deixa de pensar também que o cerne da Justiça é a idéia de igualdade. Um valor tão grande que por si mesmo se basta. O tratado de Radbruch sobre a justiça se dá de forma exaustiva e criteriosa. Temos exemplificando a justiça como virtude e qualidade pessoal na pessoa do Juiz justo. Uma justiça subjetiva que nasce na relação justa entre elementos da sociedade se respeitando mutuamente e se preocupando com o bem estar do próximo. E finaliza sua teoria com o pensamento de uma justiça objetiva, onde manifesta total interesse, pois dela emana um parâmetro para o Direito Positivo. Ele não está interessado na justiça do Juiz e sim na Justiça do legislador, pois quer trabalhar nos princípios formuladores da lei e por isso chama este princípio de superior.

Para este filósofo, a essência da justiça é a igualdade onde todos dever ser visto e tratados de forma igual, assim também a justiça tem uma

---

<sup>133</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 39.

<sup>134</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *Ob. Cit.* 2005. p. 141.

<sup>135</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1965. p. 24. “A Justiça enquanto parâmetro do Direito Positivo – juridicidade – da Justiça enquanto idéia anterior e superior à lei – *Justiça em sentido estrito*. Aquela é a justiça do Juiz, esta a Justiça do legislador. Apenas este último aspecto da Justiça interessa-nos neste trabalho.

forma que é a universalidade. Neste último argumento salienta o autor que deve ser levado em consideração sempre o caso concreto buscando a individualidade e singularidade na aplicação da justiça. Esta justiça onde se busca a individualidade e a singularidade é denominada de “equidade”.

Esta é uma busca idealística e, portanto nunca sendo capaz de alcançá-la por completo, pois uma justiça individualizada é contraditória, pois a justiça se vale de normais gerais e não específicas. Esta busca se materializa no preceito constitucional da igualdade entre as pessoas.

Consoante o autor, a elaboração da justiça em detrimento o moralmente bom, tem argumentos dualistas; válido, pois considera-se a virtude um atributo humano, porém em outro véis tal elaboração de justiça se reveste de caráter dirigido a justiça objetiva. Como justiça objetiva, metodologicamente o autor prescreve ser justo uma relação em que o sujeito ativo e passivo seja o homem. Filosoficamente o modelo de moralmente bom está ligado ao homem ideal, assim como justiça a uma ordem ideal de sociedade.

Radcruch<sup>136</sup> em relevante reflexão trava dois aspectos da justiça, e argumenta de forma preferencial sobre a justicidade – quando um juiz fiel aplica à lei de forma justa. Consoante o autor, a aplicação neste sentido de justiça significa igualdade. Neste postulado refere-se igualdade sob o aspecto material como salário mas, também faz referencia a igualdade de aplicação de uma pena proporcional a sua culpa. Em sua análise, esta igualdade se reveste de caráter absoluta.

Gustav Radbruch<sup>137</sup> reporta-se então a construção aristotélica de

---

<sup>136</sup> **RADBRUCH.** Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 48. “A justiça, no entanto, com base em outros pontos de vista, apresente sois aspectos. Pode denominar-se justa a aplicação ou a obediência de uma lei, e ainda essa própria lei. Àquela primeira espécie de justiça, em especial a do juiz fiel à lei, deve-se-ia chamar preferencialmente justicidade. Aqui, em todo caso, ainda não se trata da justiça medida pelo direito positivo, mas daquela com a qual este é medido”

<sup>137</sup> **RADBRUCH.** Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 50-51. “Em vista disso, não se deve afirmar que a edificação do direito se esgote completamente na justiça. Por um lado, o princípio fundamental da justiça distributiva

justiça, segundo o qual a justiça igualitária ou niveladora trata por exemplo da relação entre trabalho e salário. Esta justiça se perfaz com a relação de duas pessoas e pode ser reservada ao ordenamento jurídico do direito privado. E a distributiva que cuida da igualdade proporcional ou relativa, que somente torna-se possível na relação de pelo menos três pessoas do direito público. Resumidamente a justiça igualitária contempla pessoas com igualdade de direitos, onde é aplicada a justiça distributiva, posto conter o conceito de direito.

Justiça é uma ordem ideal, a ordem perfeita que deve influenciar toda a sociedade proporcionando equilíbrio e solidariedade. É desta forma que o eminente Professor Cabral de Moncada<sup>138</sup> postula em seus ensinamentos. Reporta Pitágoras que já pensava neste ideal de justiça, proporcionando igualdade. Como exemplificação de Pitágoras para a igualdade de justiça, o mesmo usava a figura geométrica de um quadrado. Salienta que nem toda ordem é justa, dando a possibilidade de algumas serem menos justas, mas acrescenta que a ordem se torna justa na medida em que atribui igualdade a cada pessoa, sendo no ter ou fazer. Trata-se tanto na visão de Aristóteles quanto de Platão que justiça é dar a cada pessoa o que é seu e também cada pessoa fazer aquilo que tem que fazer, respeitando o homem dentro de sua

---

não aponta quem deve ou não ser tratado como igual ou desigual; muito mais, pressupõe que igualdade já foi determinada desde uma perspectiva que não pode ser deduzida dela mesma. A igualdade não é, pois, um dado; as coisas e as pessoas são tão desiguais quanto “um ovo ao outro”, a igualdade sempre é apenas uma abstração, tomando-se um determinado ponto de vista de uma desigualdade dada. Por outro lado, do pensamento da justiça distributiva pode-se tão-somente deduzir a relação, mas não a forma de tratamento de pessoas diferentes; certamente, pode-se provar a condenabilidade atenuada do furto em relação ao assassinato, mas não se o ladrão deve ser enforcado e o assassino colocado na roda de suplício ou se o ladrão deve ser penalizado com multa e o assassino com pena de reclusão. Em ambos os casos, a justiça carece de complementação, mediante outros princípios fundamentais, se dela se quer derivar preceitos de direito justo. A justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do direito, que nos dá a pauta para sua determinação conceptual: o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça.”

<sup>138</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado vol.II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. p. 43 e ss. “A justiça é, em suma, aquela máxima ordem ou *xóouog* inspirada, ao mesmo tempo, não só no respeito dos fins próprios de cada um como no respeito do fim universal de todos, para que cada um e todos, todos e cada um, possam ser e permanecer aquilo que essencialmente são; isto é (entre os homens), centros de actos livres, convivendo e colaborando na edificação duma superior unidade de sentido e harmonia”.

vida social. Conceitua o eminente professor que justiça está ligada ao respeito individual e coletivo, dando a cada um o que é seu e deixando que se faça o que tem que ser feito. Homens livres, convivendo e em harmonia.

Destes ensinamentos podemos pensar sendo a justiça um respeito ao direito, sendo uma virtude ética e moral que tem seu fim no bem estar social e não somente no plano individual. Que respeita o direito alheio e que presa pela liberdade de homens livres, cumprindo sem papel social e sendo respeitado em seu patrimônio. Justiça tem também a faceta de punir, mas que esta punição seja a mais justa possível, respeitando os limites da lei e sendo realizada por um órgão judicial legitimado para tal. Justiça é poder pedir um justo julgamento ou uma justa decisão. Anti justiça é a atuação do injusto, que não observa estes preceitos e poluem a sociedade com suas normas absurdas e seus julgados improcedentes.

## **7.2- A ponderação como um corolário da teoria da justiça: Robert Alexy.**

A ponderação para Robert Alexy possui uma ideia central não apenas no discurso jurídico, mas abrange também o mundo do discurso de justificação ou de legitimação dos direitos fundamentais. Tal estrutura sobremaneira para a teoria a justiça tem como finalidade a exclusão de toda a atitude de fanatismo ou fundamentalismo valorativo<sup>139</sup>. A ponderação, portanto, é um procedimento racional presidido pelo princípio da proporcionalidade onde elabora uma conexão entre a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica. Desta premissa, se conclui que a ponderação é muito mais importante para o direito do que um método puramente destinado a resolver conflitos de normas jurídicas quanto a sua aplicação. Portanto, não é mera técnica para a solução de colisões normativas, mas um verdadeiro corolário da teoria da justiça<sup>140</sup>. A temática da ponderação, não permite em sua aplicabilidade a construção de uma

---

<sup>139</sup> ALEXY, Robert. “*Justicia como corrección*” In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 65. “”

<sup>140</sup> Id. Ibid., p. 66.

resposta correta para um dado caso<sup>141</sup>. Tal procedimento, não é matemático que fornece uma única resposta para cada caso concreto, dada a necessidade de pressupostos como um “ideal regulativo” que possibilite a promoção de uma melhor resposta ou da melhor resposta possível, inviabilizando a ausência de resposta.

Por outro lado, a ponderação no âmbito do direito constitucional permite alcançar um equilíbrio razoável entre direito de liberdade com direitos de igualdade jurídica e igualdade factual. Deste modo, a ponderação alcança no plano concreto uma garantia de acesso, promovendo tanto direitos individuais, quanto sociais.

Não obstante os esforços analíticos do autor no sentido de maior precisão conceitual no procedimento de ponderação, este assume um papel relevante em discursos de aplicação do direito, sendo mais proeminente nos discurso de justificação ou de legitimação dos direitos fundamentais. Tal fato decorre diretamente do pluralismo vigente nas sociedades democráticas contemporâneas<sup>142</sup>. Será no discurso da ponderação criado uma aderência sobremaneira forte entre a ponderação e a teoria discursiva da justiça.

Do ponto de vista prático, é notória a imensa difusão na jurisprudência constitucional a aceitação da estrutura prática e técnica da ponderação como o principal elemento na tentativa e resolução de conflitos entre princípios jurídicos, prioritariamente quando se trata de um texto constitucional de base empírica onde estabelece um compromisso entre ideologias políticas distintas.

---

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. “*Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*” In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1993. 22. “O ponto decisivo aqui é que os decisivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um pleno sentido, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. (...) As respostas que se encontrem, no marco deste intento, sobre a base do nível de regras e princípios, de acordo com os critérios da argumentação jurídica racional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem então, embora não sejam as únicas respostas corretas, as exigências da razão prática e, neste sentido, são ao menos relativamente corretas.”

<sup>142</sup> Id. Ibid., p. 67.

### 7.3- Justiça de acordo com o Direito: Manuel Atienza

O presente estudo diz respeito à crítica elaborada por MacCormick<sup>143</sup> à teoria da argumentação jurídica. O argumento mais discutido de MacCormick a presente teoria, diz respeito ao modelo desempenhado pela lógica e pela dedução. Manuel Atienza identifica e descreve algumas destas críticas sob o prisma da fundamentação. Tais críticas são revestidas de caráter teórico e prático, quando Atienza não permanece inerte ao postular suas considerações. MacCormick<sup>144</sup> formula críticas sobre as seguintes óticas: A reconstrução em termos lógicos do raciocínio judicial, Insuficiência da lógica proposicional, Dedução e consistência normativa, O que significa subsumir?, Dedução e conceitos indeterminados, Necessidade lógica e poder discricionário judicial, Os juízos de valor no raciocínio judicial, Verdade e direito, Interferências normativas. Norma e proposição normativa, É necessário uma lógica das normas?, O âmbito da dedução, Uma análise ideológica da teoria, Justiça de acordo com o direito e Sobre os limites da razão práticas.

Dada as seguintes considerações metodológicas, privilegiamos sobretudo, o enfoque dado por Atienza quanto à crítica de MacCormick referente ao argumento da justiça de acordo com o direito por conter um ônus bastante elevado. Atenta MacCormick que o princípio norteador da conduta dos juízes, é de fazer: “justiça de acordo com o direito”, postulando elementos similares à idéia de que o raciocínio jurídico é um tipo especial de raciocínio moral, e que os juízes acatam e aplicam a norma por razões morais. Em continuidade a tal crítica, é elaborada a seguinte proposição: “Mas é possível sempre fazer justiça de acordo com o direito?” Neste sentido, podemos citar alguns postulados sobre o tema emanados do Professor Barbas Homem<sup>145</sup>, em sua célebre obra *O justo e o injusto*,

---

<sup>143</sup> **ATIENZA**, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2000. p. 139. “Sem dúvida o aspecto mais discutido da teoria da argumentação jurídica de MacCormick é o papel desempenhado, em se modelo, pela lógica e pela dedução (cf. Wilson, 1982; MacCormick, 1982<sup>a</sup>; Wellman, 1985; MacCormick, 1989; Alchourrón e Bulygin, 1990). Vejamos, concretamente, que críticas foram formuladas a MacCormick a propósito dessa questão e até que ponto elas são ou não fundadas.”

<sup>144</sup> Id. Ibid., p. 139-158.

<sup>145</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005.



citando como exemplo, a independência dos juízes. Como primeiro aspecto, cita a independência dos poderes, promovendo ao órgão judiciário autonomia na interpretação e aplicação do direito. Goza também o juiz de independência pessoal, que pode ser melhor observado na garantia da imparcialidade, porém esquece a natureza humana<sup>146</sup> na aplicação da justiça, posto a entender que o fazer justiça de acordo com o direito de que trata MacCormick, pode ser perfeitamente um conceito abstrato, pois se a justiça está alocada no plano das relações sociais, existe uma possibilidade de se dar uma decisão injusta, mesmo sendo esta uma sentença legitimada. A premissa é inválida, posto que caba a interpretação e aplicação humana de normas positivadas ou mesmo princípios normativos de interpretação subjetiva, fugindo esta acertiva do conceito Kantiano da universalidade.

Retomando as críticas elaboradas à Justiça de acordo com o Direito, MacCormick questiona também a decisão proferida por um juiz fundamentada por normas positivas nas quais o magistrado entenda como sendo normas não justas. Segue suas colocações interrogativas no trato a fidelidade as normas jurídicas pelo aplicador do direito devendo este ser fiel ou não a aplicação de tais normas. MacCormick elaborou também um limite denominado “ética do legalismo”, onde postula que no caso concreto a legislação pertinente ser controvertida, deva esta na medida do possível ser debatida sob regras gerias dotadas de clareza.

#### 7.4- Fins e funções do Estado: António Pedro Barbas Homem

O ilustre professor Barbas Homem<sup>147</sup> apresenta um conceito de Estado pautado nas inovações teóricas do renascimento. Sobre o prisma da política antiga centrada no príncipe até a política moderna no Estado, constitui pilares ao estudo da historiografia jurídica e do Estado.

---

p. 93.

<sup>146</sup> Id. Ibid., p. 92. “Seria enganador pensar na indiferença de quem julga perante quem é julgado. A justiça é uma actividade humana, pelo que existem tantas cocas a proferir as palavras da lei quantos os juízes existentes.”

<sup>147</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Espírito das Instituições*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 61-64.

A teoria da política moderna tem por base a teoria aristotélica de comunidades perfeitas e conceito tomista de bem comum. O autor cita o postulado de António de Sousa Macedo, que conceitua Estado da seguinte maneira: “um Estado não é outra coisa, senão uma sociedade de muitos homens da autoridade de um rei (que é a monarquia) ou de principais (que é a aristocracia) ou de toda a multidão (que é a democracia).”

Adota o autor concernente às funções do Estado, também sendo atribuições e deveres “exercer em benefício da coletividade e por competências os poderes que a lei concede a cada um dos seus órgãos.” Com evidencia enfrenta o autor a questão contemporânea de dissociação entre sociedade e Estado. Cita em seu discurso a formulação de Suárez no que tange aos fins do Estado consoante:

“O seu fim é a felicidade natural da comunidade humana perfeita ou autônoma que ele governa e a de cada um dos seus homens enquanto são membro dessa comunidade. Isto para que vivem politicamente em paz e justiça, com a abundancia de bens suficientes para a conservação e bem-estar da sua vida material e com a rectidão normal de costumes que é necessária para a paz social, a prosperidade pública e a adequada conservação da natureza humana.”

Analítica e metodologicamente pauta o autor ter o Estado quatro finalidades distintas, porém complementares entre si: primeiro a paz, conceito aberto que podemos particularmente tratá-lo como ausência de guerra, mesmo que esta guerra seja justa conforme significado formulado por Barbas Homem<sup>148</sup>. Em seguida aduz o autor sendo a justiça o segundo elemento de finalidade do Estado. Este conceito fora exaustivamente estudado no início do capítulo. Como terceiro elemento o bem-estar

---

<sup>148</sup>**BARBAS HOMEM**, António Pedro. *História das Relações Internacionais – O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 200. “O ponto de apoio teológico encontra-se numa questão do Decreto de Graciano: se é pecado fazer a guerra (segunda parte, causa XXIII). As respostas da Igreja e dos canonistas constituem um esforço no sentido de disciplinar a guerra. Fazem-no de dois modos distintos: por um lado, ao elencar as causas justas da guerra; depois, ao dotar a condução da guerra de regras assentes em virtudes teológicas, a clemência e a misericórdia.”

material, que objetivamente podemos trazer a baila o conceito de Ulpiano. Em seguida contempla o autor com conceito de retidão de costumes. Como corolário finalístico destes conceitos a resultante “felicidade da comunidade”.

Por último, Barbas Homem<sup>149</sup> enumera quatro funções do Estado do renascimento e do barroco, ficando assim:

- 1- Funções de soberania do Estado;
- 2- Funções de conservação do Estado;
- 3- Funções sociais;
- 4- Funções econômicas.

---

<sup>149</sup> **BARBAS HOMEM**, António Pedro. Ob. Cit., 2006. p. 49. “A possibilidade de assegurar a realização de fins determinados é fundamental para a definição das sociedades perfeitas. A natureza do poder, tal como é concebida pelos autores peninsulares, recusa uma visão puramente instrumental do Estado e a natureza moral do Estado constitui uma exigência metafísica. Assim, o Estado existe para realizar o bem da comunidade., os três preceitos da política são a paz, a segurança e a justiça”

## CAPÍTULO 8:

### JUSTIÇA ARISTOTÉLICA, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA, JUSTIÇA CORRETIVA, JUSTIÇA COMUTATIVA

#### 8.1- Breve biografia de Aristóteles

O investigador que pretende interpretar o pensamento do fundador da ciência moderna, parafraseando Cabral de Moncada<sup>150</sup>, deve antes de mais nada apresentar um breviário e síntese filosófica do Sábio de Estagira, Aristóteles.

Não podemos iniciar nossa dissertação sobre Aristóteles sem antes mencionar o idealizador da primeira grande síntese filosófica após o período socrático que fora o Platão. Dotado de um idealismo puro, muito contribuiu ao campo filosófico da política, Lei e Estado. Não menos contribuição que este, fora Aristóteles, seu discípulo, que na verdade atuou como o grande gênio helênico.

Aristóteles nasceu em Estagira, na Macedônia em 384 A.C. Sua chegada em Atenas se deu no ano de 367 A.C. ainda com dezoito anos. Atraído pela oportunidade de dar continuidade aos seus estudos, e

---

<sup>150</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 26.

encantado com a vida cultural e movimentada que a cultura helênica sobrepunha na capital, esteve então a percorrer Atenas e suas duas grandes instituições educacionais que proporcionaria a este Jovem Aristóteles ascender na vida, a saber: a de Isócrates e a de Platão. A escola de Isócrates visava preparar o aluno para a vida política e a Academia de Platão, possuía tendências preferencialmente com a ciência como fundamento da realidade. Mesmo sem possuir conhecimento de geometria, requisito básico para o academicismo, escolheu estudar com Platão.

Fisicamente este jovem não alocava-se nos padrões de beleza vigentes no mundo grego, onde supervalorizava a beleza física ao ponto de enaltecer os atletas, não era considerado bonito e em particular, tinha um sério problema em sua oratória, onde não conseguia pronunciar bem determinadas palavras, o que dificultava ainda mais sua projeção devido ser da cultura helênica uma peculiaridade em valorizar a eloquência e a persuasão de seus oradores.

De tradição jônica, a família de Aristóteles era muito amiga da Monarquia Macedônica. Seu pai, Nicômaco era médico da realeza. Estagira onde nasceu Aristóteles era uma cidade grega, apesar de estar em território Macedônico, onde tinha como língua oficial o grego. A obra de Aristóteles recebera posteriormente inúmeras influências destas duas vinculações: cultura helênica e política Macedônia.

Ingressa então o Jovem de Estagira na Academia de Platão e ali permanece por aproximadamente 20 anos. Na Academia, exerceu forte interesse aos elementos formadores de pesquisas biológicas, influenciado pela herança familiar paterna. Ao materialismo dominante na Academia, se contrapôs, de formular uma postura voltada a observação e classificação, fatores típicos da investigação naturalista. Mais tarde fora fortemente influenciado por traços naturalistas em suas obras. Sobre questões políticas, diferentemente de seu mestre Platão, decide manter uma postura estudiosa dos fatores sociais e se isola da cidade em pesquisas especulativas, principalmente sobre a política que a trata como objeto de erudição, deixando o caráter de oportunidade de agir.

Em 347, com a morte de Platão, Aristóteles migra de Atenas para Assos, influenciado por Hérnias que fora escravo e ex-integrante da Academia e se tornado governante. Em Assos Aristóteles formou um pequeno círculo filosófico. Após a morte de Hérnias, conhece Herpilis que concebe seu filho Nicômaco. Em 343 A.C. convidado por Filipe da Macedônia, Aristóteles é confiado a missão de educar seu filho, Alexandre. Durante anos o filósofo se encarregou desta missão e foi o preceptor de Alexandre quando em 338 A.C. os macedônios derrotaram os gregos em Queroneia.

Em 336 A.C. com a morte de Filipe e Alexandre no trono, decide retornar à Atenas e abre uma escola, o Liceu, que passou a tecer disputas com a Academia de Platão, então dirigida por Xenócrates. Comenta Cabral de Moncada que esta disputa não era tão seria como parecia, Ambos viviam e estavam envoltos a mesma preocupação grega que historicamente naquela situação surgiu a guerra do Peloponeso, e logo depois a derrota de Atenas. Tinham portanto estas duas escolas as mesmas preocupações éticas, o mesmo sentido da medida justa, da harmonia e da ordem racional. Tinham premissas ligadas a felicidade do homem, assim como a virtude e contemplação da verdade. Tanto para o Liceu como para a Academia, o Estado e o seu direito são meios pelos quais o homem alcança o completo desenvolvimento da sua natureza<sup>151</sup>. Durante aproximadamente doze anos Aristóteles ensinou no Liceu todas as disciplinas do saber filosófico daquele tempo, não adentrando ao mundo da matemática.

Depois da morte de Alexandre, em 323 A.C. Aristóteles passou a ser considerado politicamente suspeito e perseguido em Atenas e fugiu para Cálcis, afirmando que não permitiria que a cidade cometesse o segundo crime contra a filosofia, se reportando ao julgamento e condenação de Sócrates. Deixou o Liceu aos cuidados de Teofrasto seu principal discípulo. Em Cálcis morreu no ano de 322 A.C.

## **8.2- A teoria aristotélica de justiça**

O embasamento teórico do presente estudo se dá no livro V, da

---

<sup>151</sup> Id. Ibid. P. 27.

Ética a Nicômaco<sup>152</sup>, onde se aloca e são fundamentados os conceitos de justiça desenvolvidos por Aristóteles.

Ao mesmo tempo que o Filósofo<sup>153</sup> traça postulamentos sobre justiça, questiona injustiça, fazendo verdadeiro diálogo consistente sobre atos de justiça e injustiça no plano do justo e injusto. Para o Sábio Justiça é uma disposição de caráter, que ele se reporta ao desejo pessoal de agir de maneira justa. Para ele agir com justiça é uma pré-disposição humana.

Neste plano o conceito de Justiça Aristotélica<sup>154</sup> esta ligada a um relacionamento e convívio humano, onde o agir de forma justa ou injusta requer que seja feito em face de alguém ou de uma coletividade. Num conceito mais amplo, a concepção de justiça se trava com maior propriedade no convívio social<sup>155</sup> e seu apogeu na Polis. Elucidativa a passagem abaixo aduzida encontrada em sua obra *Ética a Nicômaco*<sup>156</sup>:

“o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm ou poder ou algo nesse

---

<sup>152</sup> **ARISTÓTELES.** *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992.

<sup>153</sup> Id.. Idib. . 1129a,01.

<sup>154</sup> Id.. Idib. . 1129a,10

<sup>155</sup> **ARISTÓTELES.** Ob. Cit., 1992. p. 97. “Com efeito, é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se é uma pessoa boa ou má que comete um adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano”..

<sup>156</sup> Id. Ibid. 1129b10 "Todos os homens entendem por justiça esta espécie de disposição que os torna aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e desejar o que é justo; do mesmo modo, a injustiça é esta disposição que os faz agir injustamente e desejar o que é injusto."

gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem”.

Justiça Aristotélica<sup>157</sup>, por conseguinte, é experimentada por meio do homem em face do homem e nas suas relações sociais, e sua virtude está em alcançar a igualdade e o equilíbrio. Neste encaminhamento teórico postulado, Aristóteles identifica e distingue dois significados de justiça: o primeiro como citamos, faz referencia a relação do homem com o homem em busca de igualdade e equilíbrio e denomina-se justiça particular ou privada. Já no segundo caso a pratica da justiça e obediência da lei se opera no campo das relações humanas, na Polis, e recebe o nome de justiça universal.

Não abre mão o autor da idéia de justiça vinculada ao caráter notório da igualdade, quer seja no plano da justiça particular quer no plano da justiça universal. Todavia existe um movimento de contingência referente ao plano de igualdade e obediência da lei. Na justiça particular, o campo da igualdade tem enorme relevância em detrimento a obediência da lei que tem seu grande momento na esfera da justiça universal.

Tendo a concepção de que a justiça aristotélica é alcançada pela pratica constante de atos bons, e estes atos sendo praticados em detrimento

---

<sup>157</sup> **ARISTÓTELES.** *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992. p. 97.” “[...] a justiça nas relações privadas é de fato uma espécie de igualdade, e a injustiça, nessas relações, é uma espécie de desigualdade, mas não conforme a espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme a 5 para restabelecer a harmonia entre os particulares. Este critério rechaça qualquer espécie de subjetividade entre os indivíduos; o mérito individual é neutro. A justiça corretiva atrela-se a idéia de igualdade perfeita, garantindo uma perfeita equidistância em relação a dois pólos.

Com efeito, é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se é uma pessoa boa ou má que comete um adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano”



a lei e em relação ao outro, uma decorrente lógica se dará no sentido que os atos praticados com justiça tornam as ações do homem bom, e aquele que pratica ato justo, pratica justiça.

A justiça é preceituada como a mais completa das virtudes, pois a ação não se relaciona a si próprio, e sim as ações se entrelaçam e se relacionam com os outros. É uma disposição que tem como alvo o bem comum, pois se relaciona com o próximo fazendo o que é vantajoso ao outro, quer seja um governante ou a um membro da comunidade. Na lição de Miguel Reale<sup>158</sup> acostada abaixo, observamos com nitidez o caráter vinculativo entre justiça aristotélica e as relações humanas:

“(...) “Tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que a distingue e a especifica, a sua proporcionalidade a outrem, ou, em palavras modernas, a nota de sociabilidade. A Justiça é uma virtude que implica sempre algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também justiça. A concepção de Justiça como bilateralidade não se encontra apenas esboçada em Aristóteles, mas definida em alguns de seus traços fundamentais”.

O autor não deixa de conceituar justiça tecendo extenso comentário a sua relação com a virtude. Para o Autor, o sentido de justiça não é parte da virtude, mas a virtude inteira. Faz ligações com o justo sendo o cumpridor da lei.

Atos justos ou injustos<sup>159</sup> estão repetidas vezes na dinâmica do

---

<sup>158</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 549-624.

<sup>159</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992. p. 92.” O termo “injusto” se aplica tanto as pessoas que infringem a lei quanto às pessoas ambiciosas (no sentido de quererem mais do que aquilo que tem direito) e iníquas, de tal forma que as pessoas cumpridoras da lei e as pessoas corretas serão justas. O justo, então, é aquilo que é conforme a lei e correto, e o injusto é o ilegal

conceito de justiça perseguido por Aristóteles. Neste diapasão, uma forma apresentada para distinguir atos justos de atos injustos é que o homem injusto é o que age sem lei e o justo é o cumpridor da lei. Questiona-se sobre as leis em detrimento da justiça. Diz-se que as leis visam à Justiça. Desta forma as leis tem por objetivo o bem comum, quer produzem atos justos e preserva a felicidade de todos os que compõe a sociedade política.

Para a felicidade<sup>160</sup> ser alcançada, deve o homem agir guiado pela razão e no exercício deste agir justamente buscando como objetivo único a justiça. Agindo desta maneira, o homem será plenamente capaz de controlar os atos instintivos e a volúpia. Sendo assim, descreve Aristóteles, a forma mais correta e justa<sup>161</sup> é seguir a lei, por ser ela e somente ela quem aponta os caminhos mais virtuosos, caminhos de justiça.

---

e iníquo. [...] As pessoas injustas, todavia, não escolhem sempre o maior quinhão (das coisas irrestritamente más elas escolhem o menor quinhão); de qualquer forma, porém, considera-se que elas são ambiciosas, pois o menor de dois males em certo sentido parece um bem, e ser ambicioso significa ambicionar em termos de bens. Chamemos tais pessoas de “iníquas”, pois este termo é abrangente e inclui ao mesmo tempo querer muito as coisas boas e pouco as más (1992, p.92).

<sup>160</sup> **BITTAR**, Eduardo Carlos Bianca. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.” P.73. [...] a felicidade, dentro do raciocínio aristotélico, pode ser alcançada quando o homem se faz exercente de todas as potencialidades de sua alma. Ao colocar a razão como guia para o homem, Aristóteles está a dizer que ética e teoria são aliadas na construção da felicidade humana. Não basta conhecer, há que se agir virtuosamente; não basta simplesmente agir, há que se conhecer as causas dos fenômenos e dos comportamentos”.

<sup>161</sup> **BITTAR**, Eduardo Carlos Bianca. Ob. Cit. , 2001.” P.73.”. “A ação que se vincula a legalidade obedece a uma norma que a todos e para o bem de todos é dirigida; como tal essa ação deve corresponder a um justo legal e a forma de justiça que lhe é por consequência é aqui chamada justiça legal. Aquele que observa os conteúdos legais pode ser chamado de justo, nesse sentido”

### 8.3- Justiça distributiva aristotélica

A Justiça Distributiva é teorizada no compêndio *Ética a Nicômaco*, elaborada por Aristóteles onde tem como medida a distribuição de honras, riquezas e demais vantagens que um homem ou qualquer membro da sociedade pode ter de formas iguais quando são iguais e por isso o tratamento deve ser igual.

Sir David Ross<sup>162</sup>, em análise minuciosa em sua obra denominada *Aristóteles*, expressa de forma elucidativa o melhor entendimento da noção de divisão igualdade distributiva em escala geométrica e tem por observação e valor o mérito pessoal. Em sendo estes membros desiguais, não podem ser tratados de forma igual com os demais. Isto o autor denomina igualdade proporcional. Desta forma cada membro da sociedade deve ser retribuído e percebe aquilo que seja adequado aos seus méritos. O justo neste conceito é o proporcional, e o injusto o que não pratica a proporcionalidade.

---

<sup>162</sup> **ROSS**, Sir David. *Aristóteles*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987. p. 215-216.”  
 “Justiça Distributiva implica duas pessoas e duas coisas , e a sua tarefa consiste em , dado um certo bem a distribuir, dividi-lo segundo uma relação  $C : D$  , igual à relação de mérito entre duas pessoas  $A$  e  $B$ , entre as quais deve ser dividido . Contudo , o mérito é estimado de modo diferente consoante os diferentes estados. Na democracia, a liberdade é o estandarte, e todos os homens livres são considerados como iguais; na oligarquia, o estandarte reside na riqueza ou no nascimento nobre ; na aristocracia , este baseia-se na virtude . Ora , se :

$$\begin{aligned} A : B &= C : D , \quad \text{então} \\ A : C &= B : D \quad \text{e, por isso,} \\ A + C : B + D &= A : B, \end{aligned}$$

quer dizer, se  $C$  é dado e  $A$  e  $D$  a  $B$  , a posição relativa entre as partes é a mesma existente antes da distribuição , e a justiça terá sido feita. A justiça consiste , assim, num meio de dar a  $A$  mais que a sua parte , e mais a  $B$  que a que lhe compete.

O que Aristóteles tanta provar é que a Justiça consiste no estabelecimento de uma espécie de analogia, significando primitivamente ‘proporção’, e incluindo , também certas relações numéricas , bem como , simultaneamente , que as três espécies de justiça estabelecem diferentes espécies de analogia.”

Também outra forma de assimilação deste raciocínio, é partir do princípio que a justiça distributiva aristotélica<sup>163</sup> está como uma balança dentro de quatro elementos, sendo dois sujeitos e dois objetos. O Justo portanto será quando a ação for a de dar a cada um aquilo que lhe é devido na medida de seus méritos.

Ao tecer e elaborar o preceito de uma igualdade proporcional, Aristóteles considera a “virtude”, que para tanto formula uma teoria da justiça como medida axiológica para o Estado e Direito. Uma forma de exercício de se relacionar todas as virtudes objetivando a comunidade e a política é justamente aplicando a justiça distributiva, tratando o proporcionando ao homem uma igualdade, desde que esta igualdade seja proporcional. Neste diapasão acreditava o Sábio ser a a virtude da Justiça, justamente a essência da Sociedade.

O princípio desta justiça é o da igualdade proporcional, onde a premissa válida é que a noção de que o justo é o proporcional e o injusto a quebra desta proporcionalidade. Para tanto, Aristóteles<sup>164</sup> elaborou um princípio de igualdade proporcional, ou seja, igualdade quantitativa e igualdade qualitativa.

---

<sup>163</sup> **ARISTÓTELES.** *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992.” O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior.”

<sup>164</sup> **ARISTÓTELES.** *Política*. 3ª. ed. Trad. De Mário da Gama Kuri. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997. Livro V, Cap. 1. “Mas há duas espécies de igualdade: a quantitativa e a qualitativa - entendo por igualdade quantitativa a igualdade em número e dimensão, e por igualdade qualitativa a igualdade proporcional ( por exemplo, numericamente 3 excede 2 e 2 excede 1 por um número igual , mas proporcionalmente 4 excede 2 e 2 excede 1 em proporção igual , pois 2 e 1 são partes iguais de 4 e 2 , sendo ambos a metade. Embora haja acordo quando se diz que o absolutamente justo é o justo segundo o mérito , há desacordo, como já dissemos antes, quando alguns dizem que , se eles são iguais sob certo aspecto , se consideram absolutamente iguais, e outros dizem que , se eles são desiguais sob certo aspecto , se consideram desiguais em tudo”

Há assim uma profunda integração teórica analítica na abordagem da justiça distributiva realizada pelo estado, na distribuição pela Polis em detrimento aos bens, cargos, deveres e responsabilidades, impostos e honrarias na nomeação de cargos públicos. Aristóteles<sup>165</sup> discorreu sobre o assunto abordando analiticamente o tema na medida que reporta justiça na distribuição de cargos no governo, no que tange a dinheiro, remuneração, e demais coisas que devem ser divididas pelo Estado em detrimento aos homens. Tais divisões outorgadas pela Constituição da Cidade.

Nesta perspectiva o injusto se dá no tratamento desigual, dado ao cidadão pelo Estado, no recebimento de benefícios ou encargos em quantidade menor ou maior daquele que lhe é devido, tributação em desacordo com a capacidade tributária, premiação em consonância com mérito ou castigo conforme o ato injusto. Sobre este assunto norteia Aristóteles<sup>166</sup> da seguinte maneira:

“O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior.”

---

<sup>165</sup> **ARISTÓTELES.** *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992.” P. 197. “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa.”

<sup>166</sup> **ARISTÓTELES.** *Ib. Ibid.*, 1992.” P. 199.

Diante deste complexo de valores, podemos observar claramente a presença da justiça distributiva na atualidade, sendo praticada nos tribunais, norteando constituições e norma de direito positivo. Este arcabouço de idéias nasce o principio geral das igualdades nas relações jurídicas e da justa repartição de bens.

Uma das aulas do Professor Cabral de Moncada<sup>167</sup> é a afirmação que não se pode haver justiça comutativa sem haver primeiro uma justiça distributiva. Concordamos com seu pensar no sentido de que antes de tudo é preciso saber dar a cada um o que é seu para pensar depois em trocar, mesmo porque o significado de valor está intimamente ligado a função de distribuir, nominar e valorar. Quando se pratica a justiça distributiva estamos atribuindo valores, mensurando títulos ou propriedades e até mesmo qualificando as pessoas dentro de uma hierarquia social. Jesus disse: “Dê a Cezar o que é de Cezar”. Neste momento já havia sido aplicada a justiça distributiva de valores, tanto de ordem material (pagar um tributo) como de ordem pessoal (pagar ao Rei)<sup>168</sup>.

Ainda nas lições de Moncada<sup>169</sup>, justiça distributiva exerce uma direta relação do Poder do Estado com seus cidadãos. Definido pela

---

<sup>167</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado vol.II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. pp,327.

<sup>168</sup> Ibidem. P. 43. “Se a cada qual lhe for dado o que seu é, ou se cada qual fizer aquilo que lhe compete fazer dentro do todo de que faz parte, aí teremos com efeito, realizada a mais completa justiça segundo a idéia, abstraindo do seu contexto axiológico, quer se trate das partes dum organismo, quer dos homens na vida social”

<sup>169</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado vol.I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. p. 29. (...) a justiça pode ser distributiva ou sinalagmática. A primeira, que é a do Estado nas suas relações com os súditos, exprime-se na fórmula: a cada um segundo o seu critério; é com base nela que se repartem os bens e as honras publicas. A segunda, que se aplica nas relações dos cidadãos entre si, exprime-se, dê ou receba um valor objectivamente igual ao da prestação da outra parte. Esta segunda espécie de justiça, porem, pode ainda revestir duas modalidades. Se se trata de relações de pura troca livre entre indivíduos, segundo um critério de valor exato objectivamente determinável, chama-se comutativa. É a justiça dos negócios e dos contratos. Se se trata de delitos, que geram obrigações já não voluntarias, como a da reparação de um dano injusto, com intervenção do juiz, chama-se juriciaria. Mas em todo o caso – e isto é o importante – é sempre um critério de igualdade que constitui o principio da justiça. E nisto tal critério se separa do de Platão o qual, como já vimos, era menos formal e mais orfanológico no seu conceito.

fórmula: “a cada um segundo o seu mérito”, o Estado reparte bens e honras públicas. Desta forma, o critério da igualdade que constitui o princípio da justiça, racional-abstrato, foi traduzido pelo critério ou equidade, o da justiça particular em cada caso, que Aristóteles traçou como critério corretivo de justiça.

#### 8.4- Justiça corretiva aristotélica

Nomeadamente aceita como Justiça sinalagmática, a justiça corretiva aristotélica<sup>170</sup> tem como objeto de estudo a correção das injustiças na busca do restabelecimento da igualdade. No presente momento esta busca pela igualdade não significa deve ser confundido com o “proporcional” da justiça distributiva.

Consoante a obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, a justiça corretiva é a segunda prevista nesta obra. Paulo Nader<sup>171</sup>, tece comentários neste tocante, assinalando que a justiça particular fora dividida em duas espécies de justiças, a saber: Distributiva e corretiva. No tocante a justiça distributiva, já fora estudada e o que nos cabe ressaltar em consonância a Nader, é que esta é uma justiça que consiste em repartir honras e bens entre indivíduos, respeitando seu mérito e respeitando o princípio da proporcionalidade, no qual vimos que tal proporção é geométrica. Assinala

---

<sup>170</sup> **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992. P. 110. “Esta forma do justo tem um caráter diferente da primeira, pois a justiça que distribui bens públicos está sempre de acordo com a proporção mencionada (...). Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. Sendo, então, esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu um ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor”

<sup>171</sup> **NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105-106.

também que tal justiça cumpria principalmente ao legislador sua fixação. Já a justiça corretiva, ou como denomina o autor de igualadora ou sinalagmática, se aplica as relações recíprocas e regula não somente as relações voluntárias, como contratos. Esta justiça se aplica também ao que o autor denomina de involuntárias, a saber: que fora resultado da ocorrência de um delito. Como delito, cumpre esclarecer, que seu fundamento embasava apenas à parte que comete e a outra que sofre injustiça, se uma é autora e a outra a vítima do delito. Divergentemente da distributiva, a justiça corretiva assinala uma proporção de igualdade<sup>172</sup> aritmética.

Segundo Aristóteles<sup>173</sup> a igualdade é a tentativa da busca efetuada pela justiça corretiva pelo centro entre o que ele denomina de linha maior e linha menor, seguindo uma proporção aritmética. Esta busca denominou de *díkaion* (justo). Consoante Aristóteles, tudo acontece como se existisse uma linha dividida em partes desiguais, onde fosse subtraído da parte maior e acrescentado a parte menor na busca pelo meio. Quando a linha estiver na metade, nomeia o Sábio que foi obtido igualdade na visão da justiça corretiva.

Desta forma ganhar e perder é muito bem elucidado e quem passa a ter mais que era seu, ganhou e quem passa a ter menos do que era seu, perdeu. Porém aquele que não recebeu mais nem menos, mas consiste em ter quantidade igual antes e depois da transação praticou ato justo. Desta forma justiça corretiva se personifica quando sobrepõe perdas e ganhos, proporcionando aos litigantes justiça através do igual.

Neste sentido a justiça tem como objetivo a correção nas relações recíprocas entre indivíduos, que podem ter como ocorrência seus litígios oriundos de modo voluntário, como vimos nos contratos, ou involuntários como nos delitos.

---

<sup>172</sup> **ARISTÓTELES.** Ob. Cit., 1992. P. 326. “Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie igualdade e a justiça uma espécie de desigualdade; não de acordo com essa espécie de proporção, todavia, mas de acordo com uma proporção aritmética.”

<sup>173</sup> **ARISTÓTELES.** Ob. Cit., 1992. p. 110-111.



Estamos então diante de uma forma de justiça que necessita da intervenção de uma terceira pessoa, para dirimir conflitos nas relações, como vimos voluntárias e involuntárias. Esta terceira pessoa Aristóteles nomeia o juiz, que é revestido com o caráter de justo.

Desta feita, justiça corretiva é aquela que exerce correção nas relações entre indivíduos, que restabelece equilíbrio nas relações privadas, perseguindo sempre a igualdade na equivalência aritmética entre o dano e a indenização. O autor deste restabelecimento de equilíbrio e igualdade é a figura do juiz justo. Tal igualdade é absoluta;  $A=A$ .

Giorgio Del Vecchio<sup>174</sup> assinala que na justiça corretiva aristotélica, duas espécies de subjustiças encontram-se implícitas, a saber: comutativa, também chamada de compensatória, que seria aplicada as relações de contrato em geral: troca, compra e venda, empréstimo<sup>175</sup>, onde necessariamente deveria haver uma igualdade real entre as partes (ativa e passiva), remetendo à igualdade da linha condutiva aristotélica, e a justiça judiciária propriamente dita, exercida pelo juiz justo, para eliminar os litígios que decorrentemente geram desequilíbrios, com a violação de deveres civis como pautado no exemplo dos contratos, assim como nos casos criminais.

Del Vecchio<sup>176</sup> faz uma crítica construtiva a classificação aristotélica quanto ao quesito reparação do dano criminal, pois Aristóteles trata tal reparação como se individual fosse, porém neste caso são afetados toda a coletividade. A gravidade de um delito criminal não atinge somente quem praticou o ato e quem sofreu o ato, mas toda a sociedade que participa direta ou indiretamente de tal crime.

Por último, trazemos à colação uma sentença condenatória com entendimento do Tribunal Superior do Trabalho<sup>177</sup>, proferida em

---

<sup>174</sup> **VECCHIO**, Giorgio Del. *A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 49.

<sup>175</sup> **ARISTÓTELES**. Ob. Cit., 1992. p. 115.

<sup>176</sup> **VECCHIO**, Giorgio. Ob. Cit. , 1960. p. 50-55.

<sup>177</sup> **Processo Nº RTOrd-3005-30.2011.5.15.0025** O juiz, ao apreciar o caso concreto

submetido a exame, fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano, haja vista que as regras do direito podem se revestir de flexibilidade, para dar a cada um o que é seu. **Complementando o nobre entendimento, a reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática,** por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, suposição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal (punição) da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade. , a penalização haverá de ser suficientemente pesada a ponto de inibir futuras reincidências. Eis o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, in verbis: "Na fixação da indenização do dano moral, deve o juiz se nortear por dois vetores: a reparação do dano causado e a prevenção da reincidência patronal. Vale dizer que, além de estimar o valor indenizatório, tendo em conta a situação econômica do ofensor, esse deve servir como inibidor de futuras ações lesivas à honra e boa fama dos empregados. (TST, 4a. T., RR n. 641.571, Barros Levenhagen, DJU: 21/02/2003) , pois, comprovada que a lesão sofrida pela reclamante, decorrente do não pagamento de suas verbas rescisórias é a causadora de todos esses gravames em sua vida. Por todo o exposto, deverá a reclamada ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais decorrentes do não pagamento das verbas rescisórias da reclamante no importe 10 (dez) salários mínimos, a serem pagos de uma só vez. Esclarece, porém, a reclamante que se sujeitará a eventual arbitramento dos referidos danos por este MM. Juízo. 8. DO OBJETO DA RECLAMAÇÃO de tudo que foi exposto, indiscutível o direito da reclamante descrito nesta inicial e, desta forma, requer sejam reconhecidos os pedidos abaixo, inclusive com juros e correção na forma da lei: - RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª e 3ª RECLAMADAS; - PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS (aviso prévio, salário agosto/2011, saldo de salário, 13º proporcional, férias proporcionais + 1/3 E FGTS + 40%) CONFORME CAUSA DE PEDIR INTEGRANTE DO PEDIDO: - aviso prévio: R\$ 598,00; salário agosto/2011: R\$ 598,00; - saldo de salário: R\$ 378,73; - 13º salário proporcional: R\$ 348,83; - férias proporcionais + 1/3: R\$ 465,10; - FGTS + 40%: R\$ 267,52. SUBTOTAL R\$ 2.656,18; - PAGAMENTO DO FGTS, DE ACORDO COM A CAUSA DE PEDIR INTEGRANTE DESTE PEDIDO E FORNECIMENTO DAS GUIAS PARA SAQUE DO FGTS + 40% E RECEBIMENTO DO SEGURO DESEMPREGO: tratando-se de obrigação de fazer, sob pena de multa diária, em valor a ser fixado por Vossa Excelência (art. 769 da CLT c.c. art. 461 do CPC), ou, alternativamente, caso Vossa Excelência assim não entenda, indenização do valor correspondente nos próprios autos; - FGTS + 40% de todo o período: R\$ 334,88; - seguro desemprego: R\$ 1.635,00; - MULTA DO ARTIGO 477, §8º, DA CLT: R\$ 598,00; -INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS: R\$ 5.450,00. -TOTAL: R\$ 10.674,06 (dez mil seiscentos e setenta e quatro reais e seis centavos). 9. DAS PROVAS provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal da reclamada, oitiva das testemunhas cujo rol será apresentado oportunamente, perícias e demais provas necessárias à confirmação do aqui alegado, sem exceção alguma. Protesta, finalmente, pela autenticação dos documentos juntados a esta, conforme dispõe o artigo

11/10/2012 na Reclamação Trabalhista Nº **RTOrd-3005-30.2011.5.15.0025**. Mesmo se tratando de uma sentença extensa, é oportuno sua apreciação na presente dissertação de mestrado como demonstração que nos dias atuais a justiça aristotélica está totalmente oxigenada, adaptada e aplicada ao direito de nossos tempos.

Diante de tal sentença compreendemos a importância do tema ventilado, pois não se trata do passado, “de lá”, mas nos reportamos com tal estudo ao “aqui e agora”.

### **8.5- Justiça comutativa aristotélica**

Nos ensinamentos do Ilustre professor Barbas Homem<sup>178</sup>, justiça

---

830 da CLT. 10. DO PEDIDO FINAL todo o exposto, agasalhado na norma cogente do art. 837 e 841 da CLT, REQUER se digne Vossa Excelência de designar a primeira data desimpedida para a realização de audiência de conciliação, determinando ao Sr. Chefe de Secretaria remeter à parte adversa a segunda via da exordial, NOTIFICANDO-A a comparecer à audiência a ser designada, sob pena de serem presumidos verdadeiros os fatos aqui alegados, onde, ao desejar, poderá apresentar a defesa que tiver. A final, as assertivas aqui contidas deverão ser reconhecidas, devendo Vossa Excelência acolher os pedidos acima formulados e decretar a condenação da reclamada no reconhecimento das verbas aqui postuladas, cujo valor deverá ser apurado em regular liquidação de sentença, acrescido de juros e correção monetária, na forma da lei, condenação esta que deverá ocorrer também com relação a honorários advocatícios na base a ser arbitrada por esse MM. Juízo. Requer, ainda, quite a reclamada as verbas incontroversas na primeira audiência, sob pena de pagamento COM ACRÉSCIMO DE 50%, por ocasião da liquidação de sentença, conforme dispõe o artigo 467 da CLT, requerendo, por derradeiro, os benefícios da assistência judiciária gratuita, tendo em vista ser o reclamante pessoa pobre na acepção jurídica do termo. Atribui-se à causa, o valor de R\$ 10.674,06 (dez mil seiscentos e setenta e quatro reais e seis centavos). Nestes termos, pede deferimento. Botucatu, 16 de dezembro de 2011. JOSEY DE LARA CARVALHO OAB/SP nº 109.694 KÁSSIA DE OLIVEIRA FERREIRA /SP nº 290.607 . E, para que chegue ao conhecimento de todos, em especial da reclamada BRASILPORTE COMERCIAL LTDA. EPP, é passado o presente edital, que será publicado no local de costume. Eu, Marco Antonio G. Silva, Técnico Judiciário, digitei e conferi, e eu, André Luis de Oliveira Leme, Diretor de Secretaria, vistei. Em Botucatu, 11/10/2012. <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/49214602/trt-15-16-10-2012-pg-319>

<sup>178</sup> **BARBAS HOMEM**, antónio pedro. *O justo e O injusto*. lisboa: a.a.f.d.l, 2005. pp. 35. “Ao enunciado aristotélico da justiça distributiva e da justiça comutativa adicionou a segunda escolástica um terceiro critério. Assim, à distinção da justiça entre os membros da comunidade (comutativa) e da

comutativa é um enunciado aristotélico da justiça entre os membros da comunidade. Esta interação é totalmente voluntária. Mesmo que seja por necessidade. Mas bem sabemos que a necessidade é algo inerente a existência do modo de vida em sociedade. Todos temos necessidades, que podem perfeitamente serem sanadas por nós mesmos ou em sua grande maioria ser um verdadeiro ato de comutatividade. Desta forma a troca faz parte integrante da vida recíproca entre os homens. De certo, para haver a troca deve haver equiparação dos bens que circulam na sociedade assim como nos serviços por ela prestados. Outra forma de mensurar tal comutatividade é o binômio necessidade x possibilidade. Pode esta troca ser efetuada através da moeda, do escambo ou de serviços. Importante neste processo é preservar o equilíbrio e a equivalência de valores entre estas trocas. Tendo neste trato alguma desigualdade de valores, não preservando o equilíbrio, estamos diante de uma injustiça. Neste trato faz Aristóteles extensa discussão sobre o uso da moeda diante do uso da justiça comutativa em sua obra *Ética a Nicômaco*<sup>179</sup>.

Desta forma, o “comutare” oriundo do latim que tem grande importância na justiça comutativa pode ser traduzido como “trocar”. Tem esta justiça muito mais que o simples objetivo da troca, mas sim regular estas relações e dar a estas trocas uma noção de justiça, de justo, de reto. Objetivando a igualdade e não o lucro, esta justiça se dá nas relações voluntárias entre uma prestação e uma contraprestação, bilateral e sinalagmática. Tal justiça pode ser muito observada atualmente no caso da responsabilidade civil, em particular no Brasil no Código de Defesa do Consumidor, assim como no direito contratual.

Cabral de Moncada<sup>180</sup> recorre a elaborar uma análise estrutural dos conceitos de ordem e justiça onde constrói uma relação na estrutura da ordem judiciária para alocar devidamente a justiça comutativa. Para o

---

comunidade para com os seus membros (distributiva), distingue-se a relação dos membros para com a comunidade (justiça legal)”.

<sup>179</sup> **ARISTÓTELES**. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992.

<sup>180</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 41, 171 e 327.

autor, não é possível obter ordem sem que haja primeiramente uma coordenação. Partindo desta premissa, é impossível haver uma justiça comutativa sem que haja primeiramente uma justiça distributiva.

Como estudado em justiça distributiva, é válida a premissa elaborada por Cabral de Moncada, dada a assertiva de que nesta o preceito virtude desencadeia uma necessidade de formulação de uma teoria da justiça como medida axiológica para o Estado e Direito. Reiteramos neste momento ainda a ponderação do autor<sup>181</sup> em ressaltar que justiça distributiva exerce uma direta relação do Poder do Estado com seus cidadãos.

Elaborada as devidas ponderações, reafirmamos a postura de Moncada, pois quando pensamos na justiça comutativa como aquela que preside as relações entre indivíduos, principalmente relação de troca onde o critério utilizado deve ser de troca onde haja igualdade quantitativa, estando estas relações jurídicas alocada no âmago do direito privado, impossível pensar na prática desta justiça senão em detrimento a outra (distributiva), principalmente no que tange a ação do Estado (juiz justo) evocado nos litígios decorrentes.

Assim torna-se recorrente os conceitos travados por Moncada no que tange a coordenação e subordinação, estando a justiça distributiva em ordem prioritária e, portanto coordenadora, da justiça comutativa, em grau de subordinação.

---

<sup>181</sup> **MONCADA**, Luis Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado vol.I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. p. 29. (...) a justiça pode ser distributiva ou sinalagmática. A primeira, que é a do Estado nas suas relações com os súditos, exprime-se na fórmula: a cada um segundo o seu critério; é com base nela que se repartem os bens e as honras publicas. A segunda, que se aplica nas relações dos cidadãos entre si, exprime-se, dê ou receba um valor objectivamente igual ao da prestação da outra parte. Esta segunda espécie de justiça, porem, pode ainda revestir duas modalidades. Se se trata de relações de pura troca livre entre indivíduos, segundo um critério de valor exato objectivamente determinável, chama-se comutativa. É a justiça dos negócios e dos contratos. Se se trata de delitos, que geram obrigações já não voluntarias, como a da reparação de um dano injusto, com intervenção do juiz, chama-se juriciaria. Mas em todo o caso – e isto é o importante – é sempre um critério de igualdade que constitui o principio da justiça. E nisto tal critério se separa do de Platão o qual, como já vimos, era menos formal e mais orfanológico no seu conceito.

## CAPÍTULO 9:

### DIVERSIDADE, RECIPROCIDADE, CONCEITO ETIMOLÓGICO DA PALAVRA DIVERSIDADE, CONCEITO ETIMOLÓGICO DA PALAVRA RECIPROCIDADE, DIVERSIDADE OU RECIPROCIDADE: UMA CRÍTICA À TEORIA POSITIVISTA DE HANS Kelsen.

#### 9.1- Conceito etimológico da palavra diversidade

Para analisarmos o conceito de Direito e Justiça – Diversidade ou Reciprocidade, recorreremos inicialmente a etimologia das expressões “diversidade” e “reciprocidade”. A origem etimológica<sup>182</sup> da palavra diversidade, vem do latim “*divertetere*” ou “*diversitas*” que pode ter como significados virar-se ou voltar-se em diferentes direções.

Por outro lado, o termo diversidade trata da variedade das coisas, idéias pessoas. Tem um conceito de pluralidade, multiplicidade, diferentes ângulos de vista, diferentes abordagens, heterogeneidade. Muito mais que isto, no campo do Direito e Justiça, este conceito pode ser atribuído a um conjunto de idéias contrárias ou na intersecção de diferenças, podendo ou não construir uma prática de tolerância mútua ou de causar um conflito ideológico.

---

<sup>182</sup> BENTON, William. *Enciclopédia Barsa*, São Paulo: Britannica Editores, 1967.

Diante das ponderações elaboradas, concluimos que a etimologia e significado do termo diversidade está intimamente ligada à variedade ou conjunto de idéias variáveis sobre determinados assuntos, situação ou realidade sociológica.

Como diversidade trata de um conceito aberto, amplo na sua aplicação, esta foi estudada em diversos – palavra derivada de diversidade – ramos do conhecimento humano, dentre as quais citaremos algumas a seguir, não exaurindo o termo;

1- No campo do pensamento podemos citar dentre muitos outros a título de exemplificação a diversidade filosófica, de opiniões sobre certos assuntos, estilo de vida;

2- Já na antropologia existe diversidade de hábitos, costumes, valores, aceitação de diferentes;

3- Diversidade no campo da cultura é muito vasta e traz inúmeras implicações desde religiosas ao campo de estilos musicais, literários e outros.

4- Na economia podemos citar a luta há muito travada entre capitalismo e socialismo.

5- No ramo da sexologia há diversidade tanto em se tratando das manifestações sexuais como no ato sexual. Tema ultimamente em voga em que verdadeiros debates, tanto no ramo do direito, da sociologia, teologia e porque não dizer em quase todos os ramos das ciências, até nas exatas.

6- No campo da biologia, assim como no meio-ambiente na atualidade temos verdadeiras imersões de pesquisa na biodiversidade e toda natureza.

7- Na lógica não é diferente, pois a busca de soluções de problemas neste campo é interminável.

8- Na psicologia, um campo tão vasto, não existe idéia de homogeneidade e singularidade, existe sim diversas linhas de atuação e pesquisa.

9- No ramo da publicidade e propaganda, com o advento da internet, a todo momento instaura um novo conceito desta área. Hoje no Brasil tem-se expandido muito o conceito de MMN (Marketing Multinível).

10- Finalizamos com o conceito que mais nos interessa e que é nosso objeto de pesquisa, a saber, a diversidade no campo do direito. Tal diversidade neste mundo pensando, e que estudamos na presente dissertação, é infindável, pois trata de uma faculdade pensante em que normas jurídicas, conceitos jurídicos, princípios jurídicos e toda a sociedade que dever ser norteadas por este campo muda a todo momento. Como exemplo temos o direito de imagem, internet, propriedade intelectual e outros. Podemos falar também em particular da diversidade de decisões judiciais sobre mesmo assunto, inclusive diversidade esta acampada nas cortes superiores como STF e STJ. No campo do Direito Comparado também existe infinidades de normas legislando sobre o mesmo tema. Desta forma precisamos delimitar nosso campo de estudo, dentro desta imensidão de possibilidades férteis e instigantes a um pesquisador jurídico.

## 9.2- Conceito etimológico da palavra reciprocidade

Reciprocidade deriva do latim<sup>183</sup>: “*reciprocitas*” e não possui um significado fechado e único, mas compreende uma vasta área de pesquisa sobre o tema, que no mundo jurídico há muito nos acompanha. Reciprocidade pertence ao universo das ações recíprocas, onde haja uma relação de mutualidade.

Tal conceito se reveste de tamanha importância que foi a partir dele que surgiu o princípio da reciprocidade. A reciprocidade portanto é um princípio jurídico, que a *posteriori* veio a se tornar um princípio constitucional implícito.

O princípio da reciprocidade, como podemos observar em nossos estudos, desde o capítulo sobre a história do direito indo até Aristóteles<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> BENTON, William, *Enciclopédia Barsa*, São Paulo, Britannica Editores, 1967.

<sup>184</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Abril Cultural e Industrial



Notamos facilmente sua aplicação desde os primórdios da civilização, principalmente no que tange a soluções da lide. É possível desta forma conceituar também que tal princípio restabelece a igualdade de tratamento em relação a uma celeuma ou lide. Tal princípio se reveste de uma ação de restauração do equilíbrio, revestido de natureza tanto da área do direito público, privado e também da política.

A reciprocidade é registrada na Bíblia<sup>185</sup> como regra de conduta e sanção do homem. Aristóteles<sup>186</sup> invoca a todo momento o princípio da reciprocidade para restaurar a virtude, justiça e felicidade. Neste diapasão, Aristóteles recorre a justiça corretiva no intuito de atingir este objetivo.

A Constituição Federal<sup>187</sup> faz referência “*in verbis*” ao princípio da reciprocidade. Tal princípio exerce ampla aplicabilidade e regência

---

S.A., 1973.

<sup>185</sup> **ALMEIDA**, João Ferreira de. Trad. **A Bíblia Sagrada** (revista e atualizada no Brasil) 2 ed. São Paulo. Sociedade Bíblica Brasileira, 1993. “Amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Levítico, 19:18); “Não faças nunca a outro o que não querias que outro te fizesse” (Tobias, 5: 15); e “Tudo que vos quereis que os homens vos façam, fazei-o também vós a eles” (Mateus, 7: 12) “Vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé” (Deuteronômio, 19: 21) .

<sup>186</sup> **ARISTÓTELES**. Ob. Cit. 1973. p. Algumas pessoas pensam que a reciprocidade é justa de maneira irrestrita, como dizem os pitagóricos, que definem a justiça irrestrita como reciprocidade. Mas a reciprocidade não se identifica nem com a justiça distributiva nem com a corretiva. [...] Realmente em muitos casos a reciprocidade e a justiça corretiva divergem – por exemplo, se uma autoridade fere uma pessoa qualquer, tal autoridade não deve ser ferida pela pessoa em retaliação; se, porém, uma pessoa qualquer fere uma autoridade, tal pessoa deve ser não somente ferida, mas também punida. Além disto, há uma grande diferença entre um ato voluntário e um involuntário, mas nas associações com vistas à permuta de serviços as pessoas se mantêm unidas graças a esta espécie de justiça, que é a reciprocidade conforme a proporcionalidade, e não na base de uma retribuição exatamente igual; é a reciprocidade proporcional que mantém a própria cidade unida.

<sup>187</sup> **BRASIL**, Constituição Federal. *Vade Mecum Saraiva*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010. “Art. 52. Até que sejam fixadas as condições do art. 192, são vedados: I – a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior; II – o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas

dentro do Direito Internacional Público, assim como nas relações internacionais. Outro importante ponto a salientar nesta hora é sua enorme importância no campo dos Direitos humanos.

Como exemplo do princípio da reciprocidade nas relações internacionais entre Brasil e Portugal, citamos a regulamentação entre as entidades OAB<sup>188</sup> e OAP. Quem for advogado no Brasil, pode inscrever-se sem a necessidade de realização de exame de ordem nos quadros da OAP. E situação idêntica acontece com os advogados portugueses.

---

no exterior. Parágrafo único. A vedação a que se refere este artigo não se aplica às autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro. (...) Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido **o princípio da reciprocidade.**”(grifo nosso)

**188 O provimento 129da OAB de 2008 normatizou o assunto, já em Portugal o regulamento de inscrição de advogados estrangeiros dispôs sobre o tema.**

Regulamento de inscrição de advogados estrangeiros na OAP

[...] Art. 17.º Inscrição de advogados de nacionalidade brasileira

1 – Por força do disposto no EOA, os cidadãos de nacionalidade brasileira

diplomados por qualquer faculdade de Direito do Brasil ou de Portugal, legalmente habilitados a exercer a advocacia no Brasil, podem inscrever-se na Ordem dos Advogados desde que idêntico regime seja aplicável aos advogados de 22 nacionalidade portuguesa inscritos na Ordem dos Advogados que se queiram inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil.

2 – O regime de reciprocidade previsto no número anterior permite a inscrição de advogado brasileiro com dispensa da realização de estágio e da obrigatoriedade de realizar exame final de avaliação e agregação.[...]

Provimento 129/08 da OAB

[...] Art. 1º O advogado de nacionalidade portuguesa, em situação regular na Ordem dos Advogados Portugueses, pode inscrever-se no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, observados os requisitos do art. 8º da Lei nº 8.906, de 1994, com a dispensa das exigências previstas no inciso IV e no § 2º, e do art. 20 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. [...]

### 9.3- Diversidade ou reciprocidade: uma crítica à teoria positivista de Hans Kelsen.

Com finalidade de legitimar sua teoria, Kelsen<sup>189</sup> tentou tecer um afastamento de críticas e indesejáveis questionamentos considerando a ciência jurídica pura, positivista. O autor remete questões de valores e justiça das normas a sociologia ou a filosofia, devendo a ciência jurídica apenas descrever a realidade e positivar suas leis.

Para Kelsen<sup>190</sup> a melhor forma de preservar a teoria do direito, foi aplicá-la ao modelo de ciência aplicando o método científico descritivo, assim como nas ciências exatas. Não tem interesse este autor investigar o direito sob a ótica da sociologia jurídica, tendo por base uma norma pautada no fenômeno social. Desta forma, questões de valores e justiça estariam ligados a política e não ao direito e por isso deveriam ser tratados por sociólogos, filósofos e até historiadores, mas não poderiam ser tratadas por juristas.

Não mencionamos no presente trabalho falácia quanto análise da Ciência Jurídica, sem observação histórico-valorativa, mas a reflexo disto na questão prática é muito diferente. A realidade é muito diferente.

Outra crítica que podemos tecer quanto a postura que Kelsen<sup>191</sup>, foi tratar o Jusnaturalismo como uma ciência inferior, desqualificando-a,

---

<sup>189</sup> **KELSEN**, H. Ob. Cit, 1984. pp. 1 s. “ Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental.”

<sup>190</sup> **KELSEN**, H., Ob. Cit, 1984. pp “Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. “Evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”

<sup>191</sup> **KELSEN**, H., Ob. Cit, 1984. "Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei

restringindo o campo do direito ao monismo jurídico estatal. Tratar um sistema jurídico como perfeito, fechado e acabado, foi sem dúvida uma enorme pretensão tecnicista que oportunamente se deparou com a questão das normas injustas.

O positivismo kelseano é precisamente uma doutrina onde o Direito é composto por normas emanadas pelo Estado, onde a interpretação jurídica monista deve estar totalmente desvinculada de influências históricas, sociológicas, morais dentre outros preceitos contidos nesta ceara. Deve estão ser revestido apenas pelo método científico descritivo. O ordenamento jurídico positivado, neste diapasão, deve ser respeitado em sua totalidade e caso haja necessidade que o Estado use a força para garanti-lo. Tal sistema jurídico é lógico e fechado, e este conceito reflete em decisões jurídicas que para serem corretas deveriam ser analisadas sob o prisma da lógica seguindo precisamente regras jurídicas predeterminadas distante de valores sociais, políticos ou morais. Dentro da doutrina kelseana<sup>192</sup>, fora determinada a fórmula: direito é igual a norma mais coação.

---

jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como 'lei' - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como 'lei'. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica."

<sup>192</sup>**KELSEN, H.**, Ob. Cit, 1984. pp. 29. "Finalmente, o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica. Se tomarmos o conceito de sanção neste sentido amplíssimo, então o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica pode ser expresso na seguinte alternativa: a coação exercida por um indivíduo contra outro ou é um delito, ou uma sanção (entendendo, porém, como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis)."

Impossível uma teoria como esta prosperar, visto ser totalmente incoerente uma ciência jurídica estar isolada de outras ciências do saber como a sociologia, filosofia, história e outras. Atualmente estas ciências são complementares ao direito. Criou-se, e Kelsen<sup>193</sup> foi um dos criadores, um direito engessado, dando adjetivos de perfeito e acabado. Uma norma jurídica única está acabada, posto que acompanha às mudanças sociais, tecnológicas e tantas outras que se misturam todo tempo ao mundo jurídico, fomentando de jurisprudências de casos não positivados normativamente.

Reflexo ao acima aduzido tomar-se como método de trabalho nos Tribunais o Direito Positivo engessado nas decisões judiciais e o resultado de verdadeiros absurdos na sociedade, como nomeamos de forma simplista neste momento os inúmeros argumentos e teorias nas quais o Nazismo fora implementado e fatalmente catastrófico pautado na doutrina do positivismo.

Esquece este sistema da teoria da relatividade, onde nada é absoluto. Mesmo os conceitos da ciência natural, ou com referência a velocidade, tempo e espaço são relativos.

Gustav Radbruch questiona a antecendência do direito em detrimento ao Estado, pois se o Estado pode determinar justiça apenas na vontade do legislador, toda e qualquer agressão a direitos fundamentais à vida ou aos direitos humanos lato senso, com fundamento apenas na vontade suprema do legislador, seria totalmente justificada, pois estaria prevista no ordenamento jurídico. Por esta ótica, o direito positivo seria apenas mera vontade do legislador, e qualquer agressão a pessoa humana, seus direitos e seus atos, justos ou injustos, ficaria totalmente justificado.

Citamos como exemplo o posicionamento de Radbruch em

---

<sup>193</sup> **KELSEN, H.**, Ob. Cit, 1984. p. 119. “A ‘ideologia’, porém, encobre a realidade, enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por uns outra, a desconfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade - com o que, naturalmente, nada se afirma sobre o valor ou sobre a dignidade desses outros interesses.”

determinar que o sistema positivo-formalista foi quem permitiu a concepção e ascensão nazista na Alemanha. Segundo o jurista, foi tão somente o formalismo positivista sobre a validade e interpretação do direito que possibilitou Hitler adotar e implementar a doutrina semita. Para os positivistas, Qualquer norma pode ter vigor de lei, necessitando porém de validade emanada pelo Estado. Deste princípio, não somente o Nazismo, mas o positivismo jurídico abriu caminho para inúmeras formas ditatoriais. Para Kelsen, mesmo a União Soviética de Stalin, por haver leis, era tida como Estado de Direito. Acrescentava que mesmo sendo ditador, Stalin fazia leis. Não questionara Kelsen sob que forma de lei era expressa, não importando este que as leis fossem apenas expressão de vontade e brutalidade do Legislador.

Fazendo menção ao direito no período nazista justifica Kelsen que este foi direito. Foi direito para Kelsen e a crítica tanto formal como contextual é: se foi direito onde foi feita justiça? Nesta linha de raciocínio o direito é diverso da justiça ou recíproco? Existe diversidade ou reciprocidade do direito em detrimento à justiça? O direito positivo, principalmente sob a ótica da teoria pura do direito é diverso da justiça e é direito? Não existe reciprocidade entre direito e justiça? Apenas estes são alguns questionamentos no que tange o direito e justiça, sendo aquele diverso ou recíproco desta?

Dito estas coisas, precisamente ao estudo do positivismo, fácil percepção que houve neste pensamento e ideologia jurídica uma ruptura e um enorme distanciamento entre Direito e Justiça, sendo impossível qualquer tentativa de diversidade ou reciprocidade destes. Sem dúvida um período marcado por uma técnica lógico dedutiva, onde uma norma inferior deve ser adequada a uma norma hierarquicamente superior<sup>194</sup>. E para coroar este sistema absurdamente extremista, dita a escola da exegese que uma

---

<sup>194</sup> **KELSEN**, H., Ob. Cit, 1984. “Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”. (p.228/229); e “Então haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando – como no segundo exemplo – as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra (p.230).

norma para ser jurídica não precisa ser justa, basta esta ser emanada do Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, fica estampado a enorme dificuldade em se construir qualquer conceito fechado e definitivo que envolva os postulados do Direito e da Justiça.

Desta forma, a melhor conclusão para o Direito são os princípios relatados no presente trabalho que devem nortear a realização de qualquer idéia ou norma, principalmente na realização de um julgamento, oferecendo a este o tratamento mais justo possível.

Conceituamos de forma abrangente a terminologia Direito, usando vários pensadores da Filosofia e da Teoria do Direito, onde se realiza o pensamento de que o Direito está intimamente ligado ao ordenamento jurídico como um todo e apoiamos o pensamento de Dworkin quando relata que o Direito não está na lei. Fora visto também de forma magistral estudos sobre Arthur Kaufmann onde o Direito não pode existir sem a justiça e a lei.

Diante de inúmeras vertentes sobre o direito natural, o que o autor pretende demonstrar é que acima de tudo ele é atemporal e permanece entre nós com graça e majestade, enriquecendo nosso positivismo, que muitas vezes se torna obsoleto e impossível de ser aplicado. Observamos a oxigenação que o direito natural realiza no positivismo, principalmente quando se trata de princípios. Estes sim, muitas vezes imutáveis e aplicados desde a antiguidade. Uma das relíquias do Direito Natural é ser comparado a imutabilidade e o caráter absoluto de Deus, a natureza e a razão humana.

Estudamos o positivismo e sua presença desde a antiguidade. Não nasceu com Augusto Comte, mas houve sim a necessidade de ser as normas positivadas devido à maldade dos homens em seus julgados injustos fundamentados principalmente em vontades aleatórias do juiz.

Uma característica salientada nesta obra foi à advertência



formulada pelo professor Paulo Ferreira da Cunha no perigo da transformação legalista dos positivistas. Aprendemos em inúmeras aulas com o Professor Barbas Homem a necessidade de sermos equilibrados e justos, pois a norma muitas vezes é injusta. Numa visão teológica, quando Paulo escreve aos Romanos ele diz: “A lei mata.”

Quando argumentamos sobre justiça, trouxemos à baila os ensinamentos do Professor Barbas Homem quando assinala que muito mais de um julgamento justo ou injusto, são as motivações que levaram a esta sentença. Foi visto que justiça é muito mais que Direito ou o positivismo, mas sim um estilo de vida, onde o bem alheio é tão importante quanto o nosso.

Contribuição importante na seara do direito e da justiça, foi a abordagem elaborada pela argumentação jurídica. A contribuição teórica de Robert Alexy, que considera o discurso jurídico, na ótica da argumentação jurídica, sendo um discurso prático da moral muito enriquece a diversidade e a reciprocidade como forma de direito e justiça. Na abordagem de Perelman, a argumentação jurídica em detrimento ao direito e justiça, está intimamente ligada à teoria do discurso e à retórica aristotélica. Este autor, também traça uma importante ponte entre a lógica e as ciências humanas e cita como um meio de convencimento não coercivo nem tampouco arbitrário no exercício do direito e da justiça, também possibilita o exercício da diversidade e da reciprocidade. O estudo sobre a argumentação enquanto discurso para convencer, trouxe argumentos plausíveis subjetivos e objetivos que convencem e persuadem o auditório/Estado Juiz, possibilitando uma justiça pautada na diversidade e na reciprocidade.

A justiça aristotélica foi investigada de forma metodológica, partindo de uma breve biografia de Aristóteles até nomeadamente os conceitos de justiça distributiva, justiça corretiva e justiça comutativa.

Concluimos o presente trabalho abordando os pressupostos teóricos conceituais de diversidade e reciprocidade em detrimento ao direito e a justiça. A partir deste diálogo, traçamos uma crítica à teoria positivista de Hans Kelsen que motivou posturas ditatoriais legitimando a crueldade, não respeitando a diversidade, proporcionando a ausência de reciprocidade, principalmente no campo dos direitos humanos e direitos fundamentais no que tange à vida.

Fazendo menção ao direito no período nazista justificou Kelsen que este foi “direito”. Que direito? Foi direito para Kelsen, e a crítica tanto formal como contextual é: se foi direito onde foi feita justiça? Nesta linha de raciocínio o direito é diverso da justiça ou recíproco? Existe diversidade ou reciprocidade do direito em detrimento à justiça? O direito positivo, principalmente sob a ótica da teoria pura do direito é diverso da justiça e é direito? Não existe reciprocidade entre direito e justiça? Apenas estes são alguns questionamentos no que tange o direito e justiça, sendo aquele diverso ou recíproco desta?

Dito estas coisas, precisamente ao estudo do positivismo, fácil percepção que houve neste pensamento e ideologia jurídica uma ruptura e um enorme distanciamento entre Direito e Justiça, sendo impossível qualquer tentativa de diversidade ou reciprocidade destes. Sem duvida um período marcado por uma técnica lógico dedutiva, onde uma norma inferior deve ser adequada a uma norma hierarquicamente superior<sup>195</sup>. E para coroar este sistema absurdamente extremista, dita a escola da exegese que uma norma para ser jurídica não precisa ser justa, basta esta ser emanada do Estado.

---

<sup>195</sup> **KELSEN**, H., Ob. Cit, 1984. “Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”. (p.228/229); e “Então haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando – como no segundo exemplo – as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra (p.230).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ABREU**, Antônio Suares. *A Arte de Argumentar: Gerenciando Razão e Emoção*. Cotia: Ateliê Editorial, 2005.

**ALEX****Y**, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. “*Justicia como corrección*” In: ALEX<sup>Y</sup>, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 55-68.

**ALMEIDA**, João Ferreira de. Trad. *A Bíblia Sagrada* (revista e atualizada no Brasil) 2 ed. São Paulo. Sociedade Bíblica Brasileira, 1993.

**ARISTÓTELES**. *Política*. 3<sup>a</sup>. Ed. Trad. De Mário da Gama Kuri. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Ednub, 1992.

**AROCA**, Juam Montero. *Evolución y Futuro Del Derecho Procesual*, Bogotá: Temis, 1984.

**ATIENZA**, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2000.

**AUDARD**, Catherine. "Glossário" In RAWLS, John, *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 377 a 382.

**BARBAS HOMEM**, António Pedro. *O Justo e o Injusto*. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005.

\_\_\_\_\_. *O que é o Direito? – Uma Explicação Curta para Jovens Leitores com Pouca Paciência para Longas Explicações*. Estoril: Principia Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *História das Relações Internacionais – O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Espírito das Instituições*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Lei da Liberdade – Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico Épocas Medieval e Moderna - Volume I.*, Estoril: Principia, 2001.

\_\_\_\_\_. *Judex Perfectus – Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.

**BATALHA**, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito - Os Fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

**BAUMAN**, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

**BENTON**, William. *Enciclopédia Barsa*, São Paulo: Britannica Editores, 1967.

**BERMUDES**, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

**BITTAR**, Eduardo Carlos Bianca. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

**BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone. 1995.

\_\_\_\_\_. *El problema Del positivismo jurídico*. México: BEFDP. Sem Data.

**BRASIL**, Constituição Federal. *Vade Mecum Saraiva*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010.

**CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil Vol. I*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil Vol. II*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

**CARMELUTTI**, Francesco. *Estúdios de Derecho Procesal*. Vol. II, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952.

**CASTANHEIRA NEVES**, António. *Digesta*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

**CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

**COMTE**, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva – Discurso Preliminar sobre o conjunto do Positivismo*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

**CORTINA**, Adela. “Ética da discussão e fundamentação última da razão”. In: RENAUT, Alain. *Historia da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945)*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

**COTRIM**, Gilberto Vieira. *Direito e Legislação – Introdução ao Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

**CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Lições preliminares de filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Européia*. Coimbra: Almedina, 2005.

**DINIZ**, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

**DWORKIN**, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**FARAGO**, France. *A Justiça*. São Paulo: Manole, 2004.

**FERRI**, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*, Campinas: Bookseller, 1999.

**FOUCAULT**, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro.

PUC, 1996.

**FREITAS DO AMARAL**, Diogo. *Manual de Introdução ao Direito*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004.

**HABERMAS**, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre a factilidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre a factilidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

**HART**, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian. 1986.

**HUDE**, Henri. *Étique et Politique*. Paris: Éditions Universitaires, 1992.

**JHERING**, Rodolf Von. *O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

**KANT**, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: F.C.G., 1985.

**KAUFMANN / HASSEMER**, Arthur/ Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

**KAUFMANN**, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

**KELSEN**, Hans.. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *O que é Justiça? – A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

**LAPORTA**, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México, BEFDP, 1995

**MARTINS**, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Corpus Juris Civilis: Justiniano e o Direito brasileiro*. Teresina: Jus Navigandi, 2012.

**MENDONÇA**, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

**MONCADA**, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e do Estado Vol.II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

**NADER**, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**NASCIMENTO**, Walter Vieira do. *Lições de Historia de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

**PERELMAN**, Chaïm. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, tradução. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e do Estado vol.II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

**PINHEIRO**, José Ernanne. *Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário*. In: **PINHEIRO**, J. E. (ORG.): Petrópolis: Vozes, 1996. P. 125-132.

**RADBRUCH**. Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introdução à Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1965.

**RAWLS**, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

**REALE**, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2002.

**RODRIGUES**, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005.

**ROSS**, Sir David. *Aristóteles*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987.

**SGARBI**, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

**SILVA**, Alexandre Garrido da. *Teoria do Discurso e legitimação moral do direito*. Rio De Janeiro: UERJ, 2006.

**SOARES**, Orlando. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 1991.

**SOUZA**, Daniel Coelho de - *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988.

**STRUCHINER**, Noel. *Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. Positivismo*. In **MAIA**, Antônio Cavalcante ET AL (orgs.) *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2005.

**TELLES**, Godofredo Júnior. *Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

**TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**, Nº **RTOrd-3005-30.2011.5.15.0025**. Texto disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/49214602/trt-15-16-10-2012-pg-319>.

**TUCCI**, Rogério Lauria, *Sentença e Coisa Julgada Civil*, Belém: Cejup.



1984.

**VECCHIO**, Giorgio Del. *A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960.